

D. José Fro. Lorenzo Riquelme

Sección: SEC

Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo
Contencioso-Administrativo. Sección Segunda
Plaza San Francisco Nº 15
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 53 48 09
Fax.: 922 24 87 25

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 9000055/2010
NIG: 3800020320100000203
Materia: Personal
Resolución: Sentencia 000136/2011

Intervención:
Demandante

Interviniente:
SINDICATO INDEPENDIENTE
CANARIO

Procurador:
ALEJANDRO F. OBÓN
RODRÍGUEZ

Demandado

GOBIERNO DE CANARIAS.
CONSEJERIA DE RESIDENCIA
JUSTICIA Y SEGURIDAD

SENTENCIA

Recurso: 55/2010

NOTIFICADO

18 JUL. 2011

Alejandro Obón

Ilmos. Sres:

Presidente

D. Pedro Hernández Cordobés

Magistrados

D. Luis Helmuth Moya Meyer

D^a Adriana Fabiola Martín Cáceres (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 30 de junio de dos mil once

VISTO por este TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO Sección Segunda, integrada por los Sres. Magistrados anotados al margen, el recurso contencioso- administrativo nº 55/2010 interpuesto por el SINDICATO INDEPENDIENTE CANARIO, representado por el procurador de los Tribunales D. Alejandro Obón Rodríguez y dirigido por el letrado D. José Francisco Lorenzo Rodríguez, contra la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias, representada y dirigida por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, que tiene por objeto el Decreto 169/2009 de 29 de diciembre (BOC 20 de enero de 2010), por el que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Presidencia del Gobierno.

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias





Los motivos en que la parte recurrente sustenta su alegato de nulidad de la citada norma son los siguientes:

1º El Decreto impugnado carece de los previos informes de las Direcciones Generales de Punción Pública y Planificación, Presupuesto y Gasto Público y de la propuesta conjunta de los consejeros de Presidencia y de Economía y Hacienda, así como de su presentación ante la Comisión de la Función Pública previa su negociación en el ámbito sectorial, tal como se establece en el artículo 16 bis del la Ley 271987 de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.

2º Inexistencia o insuficiencia, en el expediente administrativo, del informe y memoria de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno en los que se justifique la forma de provisión mediante libre designación de un total de 18 puestos de trabajo entre los que se cuenta dos puestos de nueva creación, justificación que resulta imprescindible dado el carácter excepcional que reviste dicha forma de provisión frente a la regla general del concurso ordinario. Particularmente se aduce respecto de las Secretarías de Dirección que su forma de provisión mediante libre designación no se justifica suficientemente atendiendo a sus funciones esenciales, en cuanto no poseen facultades de dirección ni se justifica su especial responsabilidad. En cuanto a las Jefaturas de Servicio, dado que del Decreto 212/1991 de 11 de septiembre así como del catálogo de funciones no se desprende el carácter directivo del puesto o su especial responsabilidad, tales extremos debían justificarse caso por caso, lo que no se ha hecho. Se ilustra tal exposición con la referencia a un informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias en el que se advierte la insuficiencia de la motivación que consta en el expediente para justificar la provisión por libre designación del puesto nº 11882010 (Jefe de Servicio de Gestión Económica y Financiera).

3º Falta de justificación o indebida justificación en el informe y en la memoria de la Secretaría General de la Presidencia de la adopción del concurso específico como forma de provisión de un total de 56 puestos de trabajo, dos de ellos de nueva creación.

Tales denuncias se sustentan en pronunciamientos anteriores de esta Sala así como en la doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo al carácter excepcional de la provisión de puestos de trabajo mediante libre designación y concurso específico que exige una justificación de que las tareas asignadas a los mismos





implican carácter directivo o una especial responsabilidad. Por otro lado, en cuanto a la justificación de tales formas de provisión en relación con los puestos modificados por el Decreto objeto de impugnación, advierte el recurrente que la ausencia de justificación no puede excusarse en que las formas de provisión cuestionadas ya se encontraban expresadas en anteriores relaciones de puestos y su impugnación supondrían la revisión de un acto consentido y firme, pues la Sala se ha pronunciado sobre el carácter de disposición general que las mismas revisten y que impide la invocación de tal doctrina a los efectos indicados.

Se opone la Administración demandada a la pretensión de la parte recurrente alegando, en primer lugar, que el recurso contencioso administrativo se ha formulado extemporáneamente, al haberse planteado el 15 de marzo 2010, transcurridos ya los dos meses desde la publicación del Decreto el 10 de enero de 2010. Sostiene en segundo lugar que contrariamente a lo afirmado por la recurrente, el expediente de la RPT está completo con todos los informes preceptivos antes de su aprobación por el Consejo de Gobierno. En cuanto al fondo del asunto, la Administración demandada afirma que la justificación de la forma de provisión mediante concurso específico de los nuevos puestos creados (Jefe de Negociado de Habilitación con el número de RPT 11881210 y Jefe de Negociado de Seguimiento de Acuerdos de Gobierno, con el número de RPT 11882310) aparece justificada en el expediente. En cuanto a los restantes puestos de trabajo cuya forma de provisión es el concurso específico, se señala que la misma fue aprobada en relaciones de puestos de trabajo anteriores y por consiguiente no es objeto del Decreto 169/2009 ahora impugnado. En lo concerniente a los puestos de trabajo con forma de provisión mediante libre designación se refiere la Administración demandada a una serie de puestos -que en realidad no han sido objeto de impugnación en el recurso- afirmando que dicha forma de provisión ya se encontraba en anteriores relaciones de puestos.

SEGUNDO.- Debe abordarse en primer lugar la cuestión de inadmisibilidad del recurso planteada por la parte demandada para rechazarla sin mayores argumentaciones, dado que el Decreto impugnado no fue publicado el 10 de marzo de 2010, sino el 20 de ese mes, por lo que el recurso contencioso administrativo se presentó dentro de plazo. En lo referente a la alegación de la parte recurrente sobre la omisión de informes preceptivos que vician de nulidad





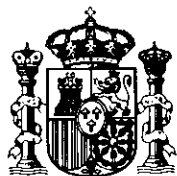
de pleno Decreto impugnado, ha de rechazarse igualmente, pues constan en el expediente todos los informes cuya omisión se ha denunciado.

Entrando en el fondo de la cuestión litigiosa, y por lo que se refiere a la alegación de falta de justificación o justificación insuficiente para la provisión de determinados puestos mediante libre designación, ha de tenerse en cuenta que el artículo 17 de Decreto 48/1998 de 17 de abril dispone: "1. La facultad de proveer los puestos de libre designación corresponde a los titulares de cada Departamento. 2. Sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector General, Director Territorial, Jefes de Servicio o asimilados cuando dependan directamente del titular del Centro Directivo, secretarías de altos cargos y aquellos otros de carácter directivo, o de especial responsabilidad, para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo". Teniendo ello en cuenta, la solución al problema planteado ha de partir de la doctrina sentada en la materia, resumida en la Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2007 en los siguientes términos:

El Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones- entre otras en su STS de 12 de marzo del 2001, en la que confirma una sentencia de esta Sala- que el sistema de libre designación es excepcional como sistema de provisión de puestos de trabajo, y que el ordinario es el sistema de concurso de méritos, lo que deduce de una interpretación del artículo 20.1 b), párrafo primero, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que es legislación básica. El sistema de libre designación se podrá aplicar únicamente a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones, como son aquellos puestos directivos y los de especial responsabilidad (STS de 7 de mayo del 1993). Con referencia a las Jefaturas de Servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias señala que debe justificarse en cada caso la especial responsabilidad que determina la elección del sistema de libre designación para provisión de los respectivos puestos.

Si bien es cierto que el artículo 17.2 del Decreto 48/1998, de 17 de abril, por el que se regula la provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, establece que " sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector General, Director Territorial, Jefes de Servicio o asimilados cuando dependan directamente del titular del centro directivo, secretarías de altos cargos y aquellos otros de carácter directivo, o de especial responsabilidad, para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo" esto no quiere decir que la mera remisión a lo dispuesto en este precepto permita justificar la aplicación del sistema de libre designación para la provisión de una determinada jefatura de servicio. Este precepto trata de delimitar los cargos a los cuales podrá aplicárseles la libre designación como sistema de provisión, pero no excusa de





que se motive en cada caso las razones de la aplicación de este sistema excepcional de provisión de puestos.

Según señala el Tribunal Supremo no se encuentran razones para afirmar que todos los puestos de Jefes de Servicio deban cubrirse mediante el sistema de libre designación; y en verdad que de lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de organización de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, según el cual " los servicios son unidades administrativas de apoyo a los órganos departamentales y de preparación, ejecución y documentación de sus decisiones" y del catálogo de funciones que se describe en el artículo 27 no se desprende el carácter directivo del puesto o su especial responsabilidad, la cual deberá ser por tanto justificada caso por caso.

Por otro lado, sobre el argumento de que los puestos de trabajo contenidos en el Decreto ahora impugnado que no son de nueva creación ya contemplaban la libre designación en RPT anteriores, ha de advertirse que, en puridad, la Administración no está invocando para repeler la pretensión de la parte recurrente la doctrina del acto consentido, lo que hace innecesario traer a colación el criterio sentado al respecto por esta Sala, por ejemplo en Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Ahora bien, precisamente por ello, el examen sobre la adecuación a Derecho del Decreto ahora impugnado exige determinar si consta en el expediente correspondiente a la relación de puestos de trabajo en la que se creó la plaza como de libre designación -o, en su caso, en la que se pasó a esta forma de provisión la inicialmente creada-, la justificación suficiente en los términos exigidos por la norma transcrita.

El examen de verificación de la existencia de motivación y su suficiencia ha de realizarse partiendo, para los puestos de nueva creación, de la memoria justificativa correspondiente al Decreto 169/2009 impugnado y, en relación con las incluidas en el Decreto citado que ya figuraban en relaciones de puestos anteriores, de las memorias correspondientes a los Decretos por las que se crearon o en su caso se modificaron las que son objeto del presente recurso.

Las plazas de nueva creación controvertidas son las de *Jefe de Servicio de Acción Social y Cooperación*, con nº de RPT 11767110 y la de *Jefe de Servicio de Gestión Económica y Financiera*, con nº de RPT 11882010. En relación con la primera se contiene en la Memoria Justificativa del Decreto impugnado -folio 211 de los autos- la siguiente justificación: "La forma de provisión por el procedimiento de libre designación se ajusta al artículo 17 del Decreto 48/1998





de 17 de abril, en cuanto depende directamente del titular del Centro Directivo y reviste especial responsabilidad por la materia objeto de sus funciones. Por otro lado, para desempeñar el puesto se requiere una persona que conozca las funciones del mismo y, además, la idiosincrasia propia de cada uno de los países latinoamericanos con los que se trabaja, toda vez que cada uno de ellos posee su propia normativa en cuanto a la expedición de facturas, cambio de divisas, etc., materias con las que se tiene que estar familiarizado. Asimismo, el desempeño del puesto requiere el desplazamiento a esos países". Tal justificación ha de reputarse insuficiente siguiendo el criterio sostenido por la Sala, puesto que no se justifica que el desempeño del concreto puesto comporte funciones directivas o, alternativamente, no se precisan las especiales responsabilidades que el mismo reviste respecto de las que son consustanciales a cualquier Jefatura de Servicio. Por otro lado, el contenido del segundo apartado no puede considerarse a los efectos de la justificación pretendida, pues la acreditación de conocimientos específicos no son los que legalmente pueden justificar esta forma de provisión. En segundo lugar, la provisión del puesto de *Jefe de Servicio de Gestión Económica y Financiera* se justifica en la Memoria Justificativa –folio 221 del expediente administrativo- en los siguientes términos: "La forma de provisión por el procedimiento de libre designación se ajusta al artículo 17 del Decreto 48/1998, de 17 de abril, en cuanto depende directamente del titular del Centro Directivo y reviste especial responsabilidad por la materia objeto de sus funciones. La gestión de proyectos cofinanciados con fondos europeos requiere conocimientos exhaustivos y experiencia sobre financiación europea, acceso a ella y justificación de los proyectos, aspectos imprescindibles para desempeñar el puesto". Por las mismas razones expuestas anteriormente, tal justificación resulta también insuficiente para justificar esta excepcional forma de provisión.

En relación con los puestos incluidos en el Decreto 169/2009 cuya forma de provisión mediante libre designación ya se contenía en relaciones de puestos anteriores, del análisis de las memorias justificativas aportadas en fase probatoria resulta lo siguiente:

1º El puesto *Jefe de Negociado Asuntos Generales y Habilitación de la Delegación del Gobierno de Canarias en Bruselas*, con nº de RPT 23334 en el Decreto 169/2009, que se corresponde –teniendo en cuenta las sucesivas





reasignaciones de código producidas- con el puesto nº 081207004 inicial, experimentó una modificación en cuanto a la forma de provisión, que mediante Decreto 143/2000 de 10 de julio pasó a ser de libre designación, constando en la memoria –al folio 158 de los autos- la siguiente justificación: “El cambio de sistema de provisión viene avalado por la circunstancia de ser un puesto de especial responsabilidad, toda vez que es el único puesto de funcionario que está en la Oficina representativa del Gobierno de Canarias ante la UE (Bruselas), con lo que determinadas funciones, reservadas a los funcionarios por el artículo 68 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública, sólo pueden ser desempeñados por el titular del referido puesto”. No habiéndose acreditado la concurrencia de circunstancias modificativas en relación con la dotación de la citada Oficina, la justificación debe considerarse suficiente.

2º El puesto de *Jefe de Servicio de Política Exterior*, con nº de RPT 25054 en el Decreto 169/2009, que se corresponde –teniendo en cuenta las sucesivas reasignaciones de códigos producidas- con el nº 081203001 inicial fue modificado en su forma de provisión mediante Decreto 143/2000 de 10 de julio, que pasa a ser de libre designación, justificado tal cambio en la memoria, según consta al folio 158 de los autos, del modo siguiente: “Se propone como forma de provisión la libre designación por tener dependencia directa del cargo directivo y por la naturaleza de las funciones a desempeñar”. Por las razones expuestas anteriormente en relación con los puestos de nueva creación, la libre designación prevista para este puesto no está convenientemente justificada.

3º *Puesto singularizado de la Secretaría General*, con nº de RPT 25301 en el Decreto 169/2009, que se corresponde –teniendo en cuenta las sucesivas reasignaciones de códigos producidas- con el número 060201001, fue creado mediante el Decreto 143/2000 de 10 de julio, justificándose la libre designación como forma de provisión (folio 159 de los autos) “por ser de especial responsabilidad al tener previsto el desempeño de las labores de apoyo, asistencia, coordinación y asesoramiento jurídico en las competencias que corresponden a la Secretaría General y adscripción directa al titular del Centro Directivo; la singularidad de este último puesto viene avalada precisamente por las funciones que se le atribuyen, que conforman un contenido diferenciado de los restantes puestos de la misma localidad, en cuyas estructuras





administrativas no se pueden encuadrar". No resultan concretadas en este caso las razones por las que las tareas descritas comportan una especial responsabilidad, sin que la diferencia de funciones tenga virtualidad por sí mismas para acreditarlas. No constando tampoco que dicho puesto revista carácter directivo, no puede considerarse suficientemente justificada la libre designación prevista para su provisión.

El resto de los puestos a que se refiere el escrito de la demanda cuya forma de provisión es de libre designación, carece de justificación en las diferentes memorias justificativas obrantes en los autos.

TERCERO.- En cuanto a la forma de provisión mediante el concurso específico, según el artículo 11 del citado Decreto 48/1998, consiste dicha forma de provisión en añadir a la primera fase del concurso de méritos propiamente dicho, una segunda consistente en la valoración de méritos específicos adecuados a las características de cada puesto, para la verificación de los cuales se podrá establecer la elaboración de memorias o la celebración de entrevistas. Sobre la interpretación de tal precepto se ha pronunciado también esta Sala en Sentencia de 15 de octubre de 2007 en los siguientes términos:

Esta segunda fase introduce en el concurso elementos propios de la libre designación- interpretada en el sentido que venimos haciéndolo como un sistema en el que la capacidad y el mérito no se determinan de acuerdo con unos baremos, sino que se valora discrecionalmente por la Administración- en el concurso de méritos, pues los méritos específicos son ponderados discrecionalmente por el tribunal calificador a través de entrevistas personales a los candidatos o evaluación de las memorias presentadas por éstos, convirtiendo este tipo de concursos en un híbrido entre los concursos de méritos y el sistema de libre designación.

La necesidad en estos casos de justificar las razones por las que la naturaleza de los puestos a cubrir hace necesario acudir a estos sistemas es imprescindible, toda vez que se trata de una excepción a la regla general del concurso ordinario.

La necesidad de motivación no se puede entender cumplida por el empleo en la memoria de meras formulas estereotipadas que nada dicen sobre las razones por las que en cada caso la naturaleza del puesto exige que sea provisto mediante el sistema del concurso específico.

Examinadas a la luz de la norma y el criterio señalado la memoria justificativa relativa al Decreto impugnado en lo referido a los puestos de nueva creación



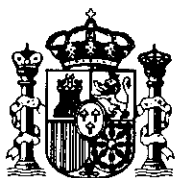


objeto de recurso resulta que el puesto de *Jefe de Negociado Habilitación* con nº de RPT 11881210 se justifica, en cuanto a la forma de provisión mediante concurso específico “por el perfil del puesto, donde la persona que lo ocupa ha de tener conocimiento y experiencia en las aplicaciones informáticas de gestión de gastos (SEFCAN, SHIABIL), indemnizaciones por razón del servicio y facturas (folio 216 de los autos)”. Tal justificación puede considerarse suficiente en aplicación del criterio sostenido al respecto por esta Sala y anteriormente citado. En cuanto al puesto de *Jefe de Negociado de Seguimiento de acuerdos de Gobierno*, con el número de RPT 11882310, el concurso específico se justifica en “la naturaleza de las funciones a desarrollar en el puesto: velar por la ejecución de los acuerdos del Gobierno que exceden del ámbito interno de la Administración autonómica (Administración del Estado, tribunal Constitucional, Consejo Consultivo, Audiencia de Cuentas, Consejo Económico y Social y Parlamento de Canarias), funciones propias e inherentes de la Secretaría del Gobierno, que demanda que su titular posea una especial experiencia y formación en esta área, que se han de valorar de modo específico en la correspondiente convocatoria, al margen de los méritos genéricos que prevé el concurso de méritos”. Tal justificación ha de entenderse suficiente por las mismas razones antes reseñadas.

En cuanto a los restantes puestos objeto del recurso integrados en el Decreto ahora impugnado cuya forma de provisión mediante concurso específico procede de relaciones de puestos anteriores, del examen de las memorias justificativas aportadas en fase probatoria al presente proceso, correspondientes a los Decretos en que los mismos se crearon o en su caso se modificaron en cuanto a la forma de provisión, resulta que de los puestos objeto de recurso, consta justificación sobre la provisión por concurso específico de determinados puestos que ha de entenderse suficiente por referirse a la necesidad de asegurar determinados conocimientos específicos necesarios para su desempeño. Estos son:

-*Jefe de Negociado de Nóminas*, puesto nº 3586 de la RPT, correspondiente, antes de las sucesivas reasignaciones de códigos, al puesto nº 060202007 (folio 163 de los autos).





-Subalterno conductor (*Secretaría General- Servicio Asuntos Administrativos*), puesto nº 3617 de la RPT, correspondiente, antes de las sucesivas reasignaciones de código, al puesto nº 060204012 (folio 182 de los autos).

-*Jefe de Negociado de Gestión y Coordinación Documental*, puesto nº 27114 de la RPT correspondiente, antes de las sucesivas reasignaciones de código, al puesto nº 060206008 (folio 184 de los autos).

-*Jefe de Servicio de Asuntos Generales (Dirección General Relaciones con África Apoyo al Director General)*, puesto nº 25055 de la RPT (memoria justificativa del Decreto 139/2007 de 24 de mayo).

El resto de los puestos objeto del recurso no aparecen justificados en cuanto a su forma de provisión mediante concurso específico en las memorias justificativas obrantes en autos.

CUARTO.- De cuanto ha quedado examinado en los fundamentos de derecho tercero y cuarto ha de concluirse que no ha quedado justificada la libre designación establecida como forma de provisión, de los siguientes puestos, identificados por su número de RPT: 11767110; 11882010; 10629610; 25054; 10234210; 24908; 24913; 22824; 10190610; 25301; 3576; 3575; 24911; 24910; 22823 y 20594. En relación con los mismos el recurso ha de ser estimado.

QUINTO.- Del mismo modo, tampoco resulta justificado el concurso específico previsto como forma de provisión para los siguientes puestos, identificados con su número de RPT: 22434; 25259; 22435; 22436; 22437; 22438; 22439; 22440; 25241; 22442; 22443; 22444; 22445; 22446; 22447; 21508; 10205710; 26473; 21669; 21334; 3590; 3591; 3592; 3601; 3602; 3606; 3614; 3616; 24904; 3635; 3636; 21502; 27114; 3624; 24909; 22434; 25259; 22435; 25236; 22437; 25238; 22439; 25240; 22441; 22442; 22443; 22444; 22445; 22446 y 22447. En lo que a dichos puestos se refiere, el recurso ha de ser estimado.

En su virtud

FALLAMOS





Que debemos estimar parcialmente, y así lo hacemos, el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Alejandro Obón Rodríguez en ejercicio de la representación procesal acreditada en autos, contra el Decreto 169/2009 de 29 de diciembre en cuanto establece como forma de provisión la libre designación para los puestos indicados en el fundamento de Derecho Cuarto y el concurso específico para los indicados en el fundamento de Derecho Quinto.

No se aprecian circunstancias de las previstas en el artículo 139 de la LJCA que determinen un pronunciamiento especial en materias de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.
Procede recurso de casación previa constitución del depósito al que se refiere la disposición adicional 15ª de la L.O.P.J ..

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, haciendome entrega del original para su notificación y archivo en el legajo, de lo que como Secretario de la Sala, doy fe. En Santa Cruz de Tenerife , a primero de Julio de 2011.

