

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Séptima
C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004
Tlfs. 914934767-66-68-69
33009730
NIG: 28.079.00.3-2019/0004208



Procedimiento Ordinario 264/2019

Demandante: AGRUPACION DE LOS CUERPOS DE LA ADMINISTRACION DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

PROCURADOR D./Dña. MARIA ISABEL MONFORT SAEZ

Demandado: *Secretaria* General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

RECURSO N° 264/2019

PONENTE SRa. Muriel Alonso

SENTENCIA N° 1688

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SÉPTIMA

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. María Jesús Muriel Alonso

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Ignacio del Riego Valledor

D. Santiago de Andrés Fuentes

D. José Félix Martín Corredera

D^a. Paloma Santiago Antuña

En la Villa de Madrid a veintinueve de octubre del año dos mil veinte

VISTO, por la Sección VII de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este



Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados antes relacionados, el recurso contencioso-administrativo número 264/2019 que ante la misma pende de resolución y que fue interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Monfort Sáez, en nombre y representación de la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (ACAIP), contra la Instrucción de 14 de enero de 2019, por la que se modifica la Instrucción 6/2011, de 17 de junio de 2011, de provisión de puestos de trabajo a través de comisiones de servicio. Habiendo sido parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso, se reclamó el Expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, obrante en autos, en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando que se dictara Sentencia estimando íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto, y en concreto: “se declare la nulidad de pleno derecho de la Instrucción impugnada y su consiguiente revocación; subsidiariamente, la anulabilidad de la referida resolución”.

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

TERCERO.- Terminada la tramitación se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia del día 28 de octubre del año en curso, en que tuvieron lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Muriel Alonso, quien expresa el parecer de la Sección.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación procesal de la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (ACAIP), se dirige contra la Instrucción de 14 de enero de 2019, por la que se modifica la Instrucción 6/2011, de 17 de junio de 2011, de provisión de puestos de trabajo a través de comisiones de servicio.

Es necesario explicar que la Instrucción 6/2011, de 17 de junio de 2011, regula el procedimiento para la provisión de puestos de trabajo a través de comisiones de servicio y la adecuación del personal al puesto de trabajo. Dicha Instrucción establece en el apartado 3-2 el procedimiento para la cobertura en comisión de servicio para los puestos de trabajo de niveles 15-18 y de niveles 19-22, estableciendo un procedimiento similar:- se convoca el puesto, se alegan los méritos (que serán los fijados en el último concurso) y se hace la propuesta, que, en el caso de los puestos de nivel 15-18, se hará del aspirante que haya obtenido la mayor puntuación, y cuando se trata de los puestos de niveles 19-22, la **propuesta** se efectúa de los tres primeros funcionarios que hayan obtenido mayor puntuación conforme a dichos méritos, acompañándose un informe motivado del Director sobre la idoneidad y capacidad para el desempeño del puesto de trabajo de dichos tres aspirantes.

Pues bien, la Instrucción ahora impugnada modifica dicho procedimiento respecto del puesto “**de Jefe/a de Servicio de información y control**”, estableciendo que en este caso, si bien el procedimiento será el mismo que el contemplado en el apartado 3.2, **la propuesta** se modifica de forma que ahora la Dirección del Centro hará una propuesta que irá acompañada de un informe motivado sobre la idoneidad y capacidad para el desempeño del puesto de trabajo de los aspirantes, **indicando al que se considere más adecuado** para su desempeño.

Frente a dicha modificación se alza el sindicato recurrente, alegando, básicamente, los siguientes extremos: que se ha vulnerado el derecho a la negociación colectiva del art. 37 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y que la Instrucción vulnera el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la CE, toda vez que establece situaciones discriminatorias y desiguales entre la provisión de puestos de trabajo a través de comisiones de servicio según



se trate de puestos de “jefe de servicio” y puestos de ” jefe de información y control”, vulnerándose el principio de mérito y capacidad.

Solicita, por ello, que se declare la nulidad de la misma por haberse conculcado el derecho a la negociación colectiva.

Por el contrario, el Abogado del Estado, se opone a dichas pretensiones, alegando en primer lugar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por no ser la Instrucción un acto administrativo impugnabile, al carecer de efectos jurídicos “ad extra”. Señala que la resolución aquí impugnada ni crea ni innova el ordenamiento jurídico, tratándose de una mera **instrucción** interna, que se limita a desplegar sus efectos en el ámbito interno, por lo que no es un acto susceptible de impugnación, concurriendo la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 69, c) de LJCA. Se opone, asimismo, en cuanto al fondo por entender que no se ha infringido el derecho a la negociación colectiva, ni los principios de igualdad, mérito y capacidad, estimando que, por ello, el presente recurso debe ser desestimado.

SEGUNDO. - Antes de analizar la cuestión de fondo que se debate en el presente recurso es preciso el estudio de la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado.

La jurisprudencia tradicional del TS entendía que las Instrucciones están dirigidas a los funcionarios para que actúen de una forma determinada, con efectos meramente internos en el ámbito organicista, relacionados con el principio de jerarquía; y, por ello, consideraba que la Instrucción carecía de valor normativo y no sería impugnabile. A dichas Instrucciones se refiere el artículo 21.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor, los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Ahora bien, ha de indicarse que el propio Tribunal Supremo aboga por la impugnabilidad de las instrucciones cuando participan de la naturaleza de los actos administrativos con pluralidad de destinatarios, declarando, en sentencia de 16 de noviembre de 1999 que " si la jurisprudencia de esta Sala ha admitido con normalidad la posibilidad de impugnar actos aplicativos individualizados de Circulares e Instrucciones internas, dirigidos por órganos superiores de la Administración a otros inferiores, pese a no poseer aquellos naturaleza normativa...con mayor razón podrá defenderse la impugnabilidad directa



de estas cuando, como aquí sucede y ya se ha dicho trasciende de la mera consideración de actos internos para insertarse en la categoría de actos administrativos de destinatario plural.”

El Tribunal supremo ha ido admitiendo la existencia de Instrucciones con carácter normativo y efectos ad extra, que sí serían impugnables, dependiendo de cuál significación otorgue el autor de la Instrucción a la misma; así como si ha generado para el recurrente consecuencias jurídicas individualizadas imponiéndole cargas o deberes que le puedan ser directa y personalmente exigidos; siendo exponente de este criterio la Sentencia de fecha 7 de Febrero de 2007 dictada en el Rec. nº 78/2003, y ello sin reconocerle nunca el carácter de Disposición General.

En definitiva, habrá que analizarse cada Instrucción impugnada en el caso concreto, para determinar si se trata o no de un acto impugnable en vía administrativa y en vía jurisdiccional.

En el presente caso, de la lectura de la Instrucción impugnada, como antes se ha indicado, se desprende que está regulando la forma de cobertura del Puesto de Trabajo “Jefe de Servicio de Información y Control”, modificando el sistema establecido, en la Instrucción 6/2011, de 17 de Junio, de forma que antes la comisión de servicios de dicho puesto se efectuaba a través de un baremo, y ahora depende exclusivamente del Director del Centro que efectuará la propuesta del que considere “mas idóneo”, sin sujeción a baremo alguno.

Al ser esto así, es claro el carácter normativo de la Instrucción impugnada, no siendo preciso esperar a que se dicten actos aplicativos para que pueda impugnarse directamente su contenido, debiéndose, en consecuencia, desestimar la causa de inadmisibilidad alegada.

TERCERO.- Entrando a conocer sobre el fondo del recurso, la primera cuestión litigiosa que nos debemos plantear en el presente procedimiento **consiste** en determinar si efectivamente ha existido vulneración de la **negociación** colectiva como señala el **sindicato** recurrente.

Como ya hemos dicho en diferentes ocasiones (así por todas, cabe destacar el contenido de la sentencia de 29 de enero de 2014): *“El artículo 37 de la Constitución Española de 1978, su apartado primero señala que “la ley garantizará el derecho a la **negociación** colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”. La inclusión del derecho de **negociación** colectiva dentro del de libertad sindical fue admitida sin dudas por*



*el Tribunal Constitucional para el caso de los trabajadores (no funcionarios públicos), y así se pueden citar sentencias núm. 9/1988, de 25 de enero, o 208/1993, de 28 de junio. Ahora bien, en el caso de los funcionarios públicos, esta doctrina ha sufrido ciertos vaivenes, derivados del hecho de que mientras que el derecho de libertad sindical se refiere tanto a trabajadores como a funcionarios (art. 28.1), el de **negociación** colectiva solo se reconoce por la Constitución Española para los trabajadores (art. 37.1)”.*

Hoy en día, el 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 (TREBEP) reconoce en el artículo 31 que los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo, entendiéndose por negociación colectiva, a los efectos de la ley, el derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública”.

Por otro lado, cabe indicar que entre las materias objeto de negociación se incluye expresamente en el apartado c) del artículo 37 de dicho RD Legislativo, “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”.

Por tanto, el precepto es claro de interpretar. Cuando se trate de fijar los criterios generales en materia **de provisión de puestos de trabajo**, la norma citada impone la obligatoriedad de la **negociación**.

Al ser esto así, entendemos que al recurrente le asiste la razón cuando alega la infracción del derecho a la negociación colectiva, pues en el presente caso, la propia Administración no cuestiona que no haya existido dicha negociación.

En definitiva, en el presente caso, deberían haber sido oídas las organizaciones sindicales correspondientes, pues la materia que regula la Instrucción impugnada entra dentro del contenido de la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y que ello exige que se lleve a cabo mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las Organizaciones Sindicales, como además, ocurrió con la Instrucción 6/2011 de 17 de junio, que es la modificada por la Instrucción nº 1/2019 de 14 de enero que sí se dictó “una vez consultados y oídos los sindicatos de la Mesa delegada de Negociación de Instituciones Penitenciarias”, tal como consta en la misma.



Por todo lo expuesto, procede la estimación del presente recurso, sin necesidad de analizar las restantes alegaciones de la parte recurrente.

CUARTO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, las costas procesales se imponen expresamente a la Administración demandada si bien con el límite de 500 Euros por todos los conceptos más el IVA.

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

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Monfort Sáez, en nombre y representación de la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (ACAIP), contra la Instrucción de 14 de enero de 2019, la cual anulamos; las costas procesales se imponen expresamente a la Administración demandada en cuantía máxima de 500 Euros por todos los conceptos más el IVA.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de que contra la misma **cabe** interponer **Recurso de Casación** de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción que del mismo efectúa la *Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio*, el cual se preparará ante esta Sala, en un plazo de treinta días a contar desde la notificación de la presente Sentencia, por escrito que deberá cumplir los requisitos especificados en el *artículo 89.2 de la indicada Ley 29/1998, de 13 de Julio*, en la redacción que del mismo efectúa la citada *Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio* (B.O.E. número 174, de 22 de Julio próximo siguiente).

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2581-0000-93-0264-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2581-0000-93-0264-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.



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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove
mediante el siguiente código seguro de verificación: **1036491985376379595118**

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria firmado electrónicamente por M^a JESUS MURIEL ALONSO (PSE), ELVIRA ADORACION RODRIGUEZ MARTI, IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR, SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES, JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA, PALOMA SANTIAGO ANTUÑA