

Auto de la Sala tercera de 3 de octubre de 2023 (rec.766/2023)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: CUARTA

Auto núm. /

Fecha del auto: 03/10/2023

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Nº : REC.ORDINARIO(c/d)-766/2023

Fallo/Acuerdo:

Voto Particular

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

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 4A.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

Transcrito por: MTP

Nota:

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/d) - 766/ 2023

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: CUARTA

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 3 de octubre de 2023.

Dada cuenta en el día de la fecha.

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

HECHOS

PRIMERO.- Por escrito de 27 de julio de 2023 el procurador don David García Riquelme, en representación de la Asociación Sindical de Secretarios de la Administración de Justicia (ASSEJUS) y de la Unión Progresista de Letrados de la Administración de Justicia (UPSJ), interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 625/2023, de 11 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio 2023, exclusivamente respecto de las plazas previstas en su Anexo II relativas al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia en la modalidad de "Promoción interna". Y, por otrosí primero, en virtud de los motivos expuestos, solicitó a la Sala que

"ACUERDE SUSPENDER, en tanto se resuelve el recurso contencioso-administrativo la ejecución de la Oferta de Empleo Público para el ejercicio 2023 referido al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, en la modalidad de "Promoción interna", aprobada por el Real Decreto 625/2023 que es objeto del presente recurso contencioso-administrativo".

SEGUNDO.- Evacuando el trámite conferido por diligencia de ordenación de 28 de julio de 2023, el Abogado del Estado formuló alegaciones mediante escrito de 18 de septiembre siguiente solicitando a la Sala que:

"dicte auto por el que se declare no haber lugar a la suspensión de la ejecución de la oferta de empleo público para 2023 en lo que se refiere al acceso por promoción interna al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia con los demás pronunciamiento legales".

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *El objeto del recurso contencioso-administrativo.*

La Asociación Sindical de Secretarios de la Administración de Justicia y la Unión Progresista de Letrados de la Administración de Justicia han impugnado el Real Decreto 625/2023, de 11 de julio, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente al ejercicio 2023.

El recurso se dirige, según precisa el escrito de interposición, exclusivamente

respecto de las plazas previstas en el Anexo II de este Real Decreto relativas al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia en la modalidad "Promoción interna".

El Real Decreto 625/2023 se publicó en el Boletín Oficial del Estado del 12 de julio, y su Anexo II contempla un total de 127 plazas para promoción interna y otras 127 para acceso libre.

Estas plazas están autorizadas, según establece el *artículo 2 siempre del Real Decreto 625/2023*, y de acuerdo con su artículo 5.2 los procesos selectivos de promoción interna pueden convocarse conjuntamente o de manera independiente. Y la disposición adicional sexta establece que las convocatorias deben publicarse antes del 31 de diciembre de 2023 salvo causa justificada que acredite su imposibilidad, la cual deberá justificarse por el órgano convocante ante la Secretaría de Estado de Función Pública. Dichos procesos deberán estar finalizados, dice igualmente esta disposición adicional sexta, antes de que transcurran dos años ampliables a tres por causa justificada, a contar desde la publicación del Real Decreto.

SEGUNDO.- *Las alegaciones de la Asociación de Secretarios de la Administración de Justicia y de la Unión Progresista de Letrados de la Administración de Justicia.*

Sostienen los recurrentes que su pretensión de que suspendamos cautelarmente la ejecución de la Oferta de Empleo Público en el singular extremo que impugnan se fundamenta en la apariencia de buen derecho y en la evitación de que el recurso pierda su finalidad legítima.

Así, en primer lugar, nos dicen que dicha apariencia resulta de la concurrencia de una manifiesta e incuestionable causa de nulidad de pleno Derecho ya que la distribución de las plazas infringe con claridad el *artículo 442.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Este precepto exige que, de las plazas vacantes, se reserve el 30% para la promoción interna y que las restantes, así como las que no se cubran en la promoción interna, se provean por el turno libre. Y resulta que el Anexo II del *Real Decreto 625/2023 asigna el 50% de las plazas a la promoción interna y el otro 50% al turno libre. Por tanto, se opone radicalmente al artículo 442.2*.

Afirmada la apariencia de buen Derecho, el escrito de interposición mantiene que, de no acordar la medida cautelar solicitada, los procesos selectivos que se convoquen en ejecución de la Oferta de Empleo Público referida a 2023 incrementarían el número de plazas de promoción interna en contra del precepto legal indicado y resultaría extraordinariamente complejo a nivel técnico y operativo y económico efectuar la retroacción de dichos procesos al momento de su correcta convocatoria conforme al artículo 442.2.

En fin, sostienen los recurrentes que no hay intereses públicos prevalentes que pudieran verse indebidamente lesionados por la medida cautelar ya que la suspensión que reclaman no alterará la situación existente con anterioridad y que, en todo caso, la Administración podría habilitar más plazas para el turno libre y restringir la oferta de las de promoción interna para ajustarse al mandato legal. Y, en todo caso, los aspirantes posibles permanecerán en sus puestos de otros Cuerpos de la Administración sin mayores consecuencias.

TERCERO .- *Las alegaciones del Abogado del Estado.*

Se opone a la pretensión cautelar de los actores.

Argumenta en contra de ella, en primer lugar, que no hay peligro de que sea inútil la sentencia que en su día se dicte si fuere estimatoria. Considera que lo reconoce el mismo escrito de interposición al decir que la retroacción sería compleja. Añade que esa complejidad se evitaría permitiendo que los procesos selectivos se vayan desarrollando con normalidad hasta el momento inmediatamente anterior a la publicación de la relación de aprobados regulada en el *artículo 40 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia* aprobado por el Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre. Y dice que, si para entonces no se hubiere dictado sentencia, los recurrentes podrían reproducir la petición de suspensión y la Sala decidir ya con todos los elementos para resolver.

No hay, pues, pérdida de la finalidad legítima del recurso.

Tampoco aprecia el Abogado del Estado la apariencia de buen derecho que alegan los recurrentes. Después de repasar, con el apoyo del auto dictado el 26 de octubre de 2017 en el recurso n.º 597/2017, los supuestos excepcionales en que la jurisprudencia ha advertido dicha apariencia, nos dice que en el caso actual no se da ninguno de ellos.

Explica, que la Administración discrepa de la interpretación que del *artículo 442.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* hacen los recurrentes y expone la que entiende que es su exégesis correcta. Para ello, reitera lo que dice sobre la promoción interna y el acceso libre y, después, ofrece un ejemplo para, dice, "la mejor comprensión de la norma". Consiste en lo siguiente: supuesto que fueran 1.000 las plazas vacantes, aunque el máximo para la promoción interna fuera de 300, sucede que el Ministerio de Hacienda, atendiendo a la disponibilidad presupuestaria, podría dejarlas en 100. Y que si, en principio, quedarían 700 plazas para el turno libre, podría suceder que el Ministerio de Hacienda solamente autorizara menos, "pongamos 200". Así de las 300 plazas convocadas el 33,33% (100) serían para promoción interna y el 66,67% (200) para el turno libre, "siendo perfectamente válidas las plazas asignadas a pesar de no cumplir los porcentajes que, según los demandantes, resultan del *artículo 442.2 de la LOPJ*".

En definitiva, dice, el cálculo a realizar "para la determinación del número de plazas es independiente en uno y otro caso "sin que preceptivamente, una vez sumadas, el resultado deba obedecer a una distribución de no más del 30 por ciento de vacantes para promoción interna y no más del 70 por ciento para turno libre". Y como en la actualidad hay más de 700 vacantes "es correcta toda convocatoria de plazas de promoción interna que no superen 210".

Al haber dos interpretaciones, sostiene el Abogado del Estado que es prematuro decantarse ahora por una de ellas. Además, hacerlo perturbaría gravemente los intereses generales, pues la falta de convocatoria de los procesos selectivos perjudicaría gravemente a la Administración ya que no cubriría más de 250 plazas de personal imprescindible. Asimismo, observa que la Oferta de Empleo Público es instrumento esencial en el proceso de selección del personal y que, por eso, su suspensión, aún parcial, produciría un grave perjuicio para el interés general. En fin, considera evidente que los aspirantes a las 127 plazas de promoción interna y, también, los aspirantes a las 127 plazas del turno libre se verían perjudicados por la paralización de un proceso selectivo para el que llevan años preparándose.

CUARTO.- *El juicio de la Sala. Procedencia de la suspensión cautelar solicitada.*

A) La apariencia de buen derecho.

Según hemos visto, los recurrentes aducen, en primer lugar, la apariencia de buen derecho que, en su opinión, les asiste. Por tanto, aunque el Abogado del Estado se ocupe primero de la, a su parecer, inexistencia de peligro de situación irreversible de no adoptarse la medida cautelar, vamos a examinar si, efectivamente, es perceptible una clara infracción del *artículo 442.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*.

Antes de adentrarnos en dicho examen, hemos de coincidir con el Abogado del Estado en que la jurisprudencia es muy restrictiva a la hora de acordar medidas cautelares en razón de la apariencia de buen derecho ya que inevitablemente comporta un primer juicio sobre el fondo del litigio en los momentos iniciales del proceso. De ahí que solamente lo haga en aquellas ocasiones en que a simple vista se aprecie la disconformidad a Derecho de la actuación impugnada. Eso es lo que sucede cuando se trata de actos de aplicación de disposiciones declaradas nulas, de la reiteración de actuaciones idénticas a otras ya consideradas ilegales o de aquellas cuya contradicción con el ordenamiento jurídico es manifiestamente patente.

Los recurrentes mantienen que esto último es lo que sucede aquí por la contradicción entre el Anexo II del Real Decreto 625/2023 y el *artículo 442.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Veamos, pues, qué es lo que dice.

Es lo siguiente:

"2. Se reservará el treinta por ciento de las plazas vacantes para su provisión, previa autorización por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por promoción interna mediante el sistema de concurso-oposición por los funcionarios de carrera del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa que lleven, al menos, dos años de servicios efectivos en el mismo. A estos efectos se computarán los servicios prestados en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia del que, en su caso, procedan.

Las restantes vacantes, acrecentadas por las que no se cubran por promoción interna, si las hubiere, se cubrirán en turno libre mediante oposición o, en su caso, concurso-oposición, siempre con sujeción a las previsiones presupuestarias vigentes en materia de oferta de empleo público.

De no existir oferta de empleo público, el Ministerio de Justicia, con carácter extraordinario y previa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, podrá convocar un proceso de promoción interna específico cuando las circunstancias en la Administración de Justicia lo aconsejen. El número de plazas convocadas por este sistema no podrá ser superior al quince por ciento de las plazas vacantes. En este caso, las plazas que no se cubran no podrán ofertarse para que lo sean por turno libre".

El Abogado del Estado discrepa de la apreciación de los recurrentes y nos ofrece un ejemplo según el cual, en razón de las autorizaciones del Ministerio de Hacienda atendidas las disponibilidades presupuestarias, podrían apreciarse los porcentajes de forma diferente a la que señalan los recurrentes. También nos informa

de que son 700 las vacantes en la actualidad en el Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. E insiste en que hay una interpretación distinta de la defendida por el escrito de interposición.

Sucede, sin embargo, que este artículo es suficientemente preciso: el treinta por ciento que se debe reservar para promoción interna es de las plazas vacantes autorizadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Y las "restantes" del párrafo segundo son también de las autorizadas por haber disponibilidad presupuestaria. Por tanto, no se compadece con el tenor del precepto que el juego de autorizaciones lleve a que el número de las ofrecidas en promoción interna sea, de partida, igual al de las destinadas al acceso libre. Dicho de otro modo, no se entiende que a causa de las autorizaciones --que deben depender de las disponibilidades presupuestarias-- se produzcan resultados como el reflejado en el Anexo II. Es decir, que se altere el criterio legal de distribución de vacantes entre la promoción interna y el turno libre.

La explicación que ofrece el Abogado del Estado prescinde abiertamente de los términos que con claridad establece la *Ley Orgánica del Poder Judicial, pues el artículo 442.2*, al señalar el porcentaje del treinta por ciento para un turno, fija el del otro. O sea, de las plazas dotadas, solamente un treinta por ciento ha de ir a la promoción interna y debe convocarse el resto para el turno libre.

Este es el entendimiento del precepto al que se llega a primera vista y, por tanto, también a primera vista se aprecia la contradicción del Anexo II con él. Al decirlo, no descartamos que puedan sostenerse otras interpretaciones y sobre ello se deberá debatir en el proceso, pero en este momento considera la Sala que sí hay una apariencia de buen derecho suficiente para sustentar la pretensión cautelar.

B) La preservación de la finalidad legítima del recurso y los intereses en juego.

Es cierto, como observa el Abogado del Estado, que los recurrentes no afirman la irreversibilidad de las situaciones creadas por la ejecución de la Oferta de Empleo Público de no tomarse la medida cautelar. Pero también lo es que el propio representante de la Administración no niega que, como aquellos afirman, la retroacción que pudiera ordenarse entrañaría una gran complejidad si se debiera anular la provisión de plazas cubiertas en promoción interna. Es, además, significativo que apunte a soluciones que parecen dar la razón a los recurrentes, como la de remitir la eventual suspensión al momento anterior a la publicación de los aprobados en las pruebas selectivas que se convoquen.

Vista la experiencia de otros procesos de esta naturaleza en los que se han anulado todos o parte de los nombramientos efectuados, es preferible cuando se dan circunstancias como las presentes evitar tales situaciones pues el perjuicio que pueda representar para los intereses públicos vinculados a la incorporación de quienes superen las pruebas la suspensión de la ejecución de una parte de la Oferta de Empleo Público, se ve compensado, de un lado, porque un litigio como el presente puede ser resuelto sin excesiva demora y, desde luego, a tiempo para que los procesos selectivos hayan finalizado mucho antes de que transcurran los dos años, ampliables a un tercero, a que se refiere la *disposición adicional sexta del Real Decreto 625/2023*.

De otro lado, esos mismos intereses públicos se verán satisfechos por la ejecución de la Oferta de Empleo Público de conformidad a las previsiones legales. Otro tanto cabe decir sobre los intereses de los aspirantes al acceso al Cuerpo de Letrados

de la Administración de Justicia por promoción interna e, incluso, de los que concurren por el turno libre. Se podrán realizar las convocatorias y las pruebas sin retrasos excesivos, siempre dentro de los márgenes temporales indicados, además con pleno sometimiento a las determinaciones legales.

QUINTO.- *Publicación.*

Conforme al *artículo 134.2 de la Ley de la Jurisdicción*, deberá procederse a la publicación de este auto del modo previsto en su artículo 107.2.

SEXTO.- *Costas.*

A tenor de lo establecido por el *artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción*, se imponen las costas a la Administración y de acuerdo con el apartado 4 de este precepto se fija como importe máximo a que pueden ascender por todos los conceptos 500€;. Para la determinación de este importe la Sala ha tenido en cuenta las pautas habitualmente observadas en supuestos semejantes.

Por todo lo dicho,

LA SALA ACUERDA:

(1.º) Suspender cautelarmente la ejecución de la Oferta de Empleo Público para el ejercicio 2023 referida al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia en la modalidad de "Promoción interna", aprobada por el Real Decreto 625/2023, de 11 de julio, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente al ejercicio 2023.

(2.º) Estar respecto de las costas al último de los razonamientos jurídicos.

(3.º) Ordenar la publicación de este auto en el Boletín Oficial del Estado.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

Fecha del auto: 03/10/2023

Tipo de procedimiento: PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES

Número: 766/2023

Magistrado/a que formula el voto particular: Magistrado de la Sala José Luis Requero Ibáñez

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO SR. DON JOSÉ LUIS REQUERO IBAÑEZ AL AUTO DICTADO EN LA PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO 766/2023

Con todos los respetos hacia el parecer mayoritario, lamento discrepar en parte del auto dictado en la pieza de medidas cautelares, por las siguientes razones:

PRIMERO.- Nada que objetar a la adopción de la medida cautelar en cuanto tal. En este punto mi parecer es concurrente con lo decidido por la mayoría.

SEGUNDO.- Sí discrepo del alcance de la medida cautelar, pues al fundamentarse en los términos normativos que expone sobre la reserva de un 30% de las vacantes para promoción interna, entiendo que el alcance de nuestro auto debió ponderar tal dato y suspender la oferta en lo que exceda de ese porcentaje. Al no hacerlo no se considera el eventual perjuicio que cause la medida cautelar a terceros, aspecto que debe valorarse (cfr. *artículo 130.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*).

TERCERO.- Esos terceros perjudicados son tanto los que concurren por el turno libre como por el restringido. Los del turno libre porque sólo podrán aspirar a 127 plazas y no a las que resultan de calcular 70% sobre las vacantes que contempla la oferta; y los del turno de promoción interna, porque la suspensión de la oferta para la totalidad de ese turno restringido les impide concurrir.

CUARTO.- En consecuencia, la medida cautelar debió ser parcial aplicándose tal ponderación.

En Madrid, en la fecha del auto