

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 946/2015

SENTENCIA NUMERO 389/2016

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. JOSE ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

MAGISTRADOS:
D^a. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO
D^a MARIA DEL MAR DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a trece de septiembre de dos mil dieciséis.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 28-6-2015 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso contencioso-administrativo número 880/2014, en el que se impugna, Resolución nº 1080-2014 mediante la que el 8 de septiembre de 2014 Osakidetza desestima el recurso de Reposición frente a dictada por la Directora General de la Organización Sanitaria Integrada Bilbao-Basurto bajo el nº 487-2014 que programaba la normalización del uso del Euskera en su ámbito de gestión aplicando las previsiones del II Plan de Euskera de Osakidetza.

Son parte:

- **APELANTE:** D^a. representado por la
Procuradora D^a. MARGARITA BARREDA LIZARRALDE y dirigido por la Letrada D^a.
MARIA ELIA

- **APELADO:** OSAKIDETZA, representado por el Procurador D. GERMÁN
ORS SIMÓN y dirigido por el Letrado D. JORGE LASUEN GABILONDO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por _____ recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia revocatoria y deje sin efecto la recurrida, con estimación de la demanda, declarando la disconformidad a derecho del acto administrativo impugnado.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación, verificada la oposición por Osakidetza, suplicó la desestimación íntegra del recurso de apelación.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 13/9/2016, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se apela la Sentencia nº 535-2015 dictada el 28 de junio de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Bilbao en el Procedimiento Abreviado nº 880-2014.

SEGUNDO.- Se impugnaba en la instancia la Resolución nº 1080-2014 mediante la que el 8 de septiembre de 2014 Osakidetza desestima el recurso de Reposición frente a dictada por la Directora General de la Organización Sanitaria Integrada Bilbao-Basurto bajo el nº 487-2014 que programaba la normalización del uso del Euskera en su ámbito de gestión aplicando las previsiones del II Plan de Euskera de Osakidetza.

Se pretendía entonces y se reitera en la Apelación que se anule la fecha de preceptividad impuesta en el punto 5.4.i) del Capítulo 5 del Anexo I de la resolución

impugnada mediante la cual se programaba la normalización del uso del Euskera en la Organización Sanitaria Integrada de Bilbao-Basurto, esto es, que en el caso de puestos vacantes la fecha de preceptividad asignada vence a la fecha de aprobación del II Plan antes referido (si la plaza está cubierta la fecha vence a los tres años de la aprobación).

La Sentencia desestima el recurso en términos que tenemos por reproducidos y en la Apelación se plantean de nuevo algunos de los motivos que ya fueron esgrimidos en la instancia discutiendo el criterio de la Sentencia del modo que iremos analizando a lo largo de la exposición.

TERCERO.- Pasamos así al anunciado estudio de los motivos del recurso teniendo como premisa que la Sala no se encuentra vinculada por el orden que las partes han dado a sus alegaciones; en este sentido el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia nº 67-1993, nos dice que: "...la congruencia exigida por la Ley no conlleva un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la Sentencia con el esquema discursivo de los escritos forenses demanda, contestación, recursos o alegaciones en general donde se contienen las argumentaciones respectivas. Tampoco exige una subordinación del fallo o parte dispositiva a la formulación de las peticiones contradictorias de los litigantes".

El primero y fundamental radica en resolver si la demandada se hallaba facultada para el establecimiento de la fecha de preceptividad del perfil lingüístico asignado a cada puesto del modo en que lo ha realizado.

La Sentencia apelada asume el criterio de la demandada y considera que cuenta ésta con habilitación normativa suficiente para ello; la apelante, en cambio, aduce varias razones para que sea la tesis contraria la que prevalezca.

Para resolver la cuestión debemos acudir a diversas normas, veamos.

En primer lugar, la norma especial de la que surgen las demás y a la que todas ellas reenvían en la Ley autonómica 10-1982 de normalización del Euskera. En su texto expresamente los artículos 6, 22 y 29, entre otros, establecen una implantación progresiva, coherente con la tesis que defiende la apelante. Se trata como se observa en su Preámbulo y en múltiples preceptos de la misma de respetar el derecho de quienes no lo conozcan y de irlo implantando progresivamente, con una orientación hacia el bilingüismo, a través de diversos instrumentos de planificación que conjuguen ambos intereses, esto es, el de quienes lo conocen y el de quienes no.

La Ley 8-1997 de ordenación sanitaria de Euskadi en su art. 28 dedica un apartado a la normalización lingüística -la regla Quinta- de cuya redacción se pueden inferir una serie de datos relevantes.

El primero es que se dispone que su esta norma dimana de la regulación para normalizar el uso del Euskera. Se refiere por tanto a la Ley anteriormente citada y a los

reglamentos de desarrollo de la misma, y el texto del apartado en estudio no deja duda respecto de la subsidiariedad en esta materia de la propia Ley 8-1997 respecto de aquella ergo será en esta última donde encontremos el instrumento hábil para interpretar aquella y para completar los vacíos que pudiese presentar.

En segundo lugar el apartado atribuye a Osakidetza la competencia para establecer el Plan de normalización (esto es de notable importancia en el caso puesto que no va a ser, como veremos, la resolución objeto del recurso la que debía previamente a su dictado obtener el informe de la Dirección de Política Lingüística ni ser objeto de negociación con los representantes de los empleados públicos de la demandada sino que estas exigencias debían ser satisfechas en la tramitación del propio Plan pues así lo impone la norma como vemos).

Y para elaborar el Plan Osakidetza ha de atenerse a las directrices que establezca el órgano competente en política lingüística de la Comunidad Autónoma y en ausencia de Plan en los procedimientos de selección de personal y provisión de puestos se valorará como mérito el Euskera de acuerdo con la legislación de función pública. Aparece así de nuevo la vinculación de Osakidetza a la regulación general en materia lingüística.

El objetivo del Plan es fijar los objetivos lingüísticos respecto de su propio personal y determinar las medidas a través de las cuales se va a llevar a cabo tal diseño. Más abajo volveremos sobre la naturaleza de esta Plan. La resolución impugnada en autos tiene por objeto el desarrollo y aplicación en su ámbito competencial del Plan.

Otra conclusión que obtenemos fácilmente de ambas normas es que las demás, inferiores en rango, se deben acomodar a sus dictados.

El Plan correspondiente al caso en estudio es el II y se aprobó el 3 de diciembre de 2013, tal y como pacíficamente consta asumido y documentado en autos. Su duración temporal se extiende desde su aprobación hasta 2019.

En su Introducción vuelve a expresarse que los objetivos y los plazos para alcanzarlos son de aplicación progresiva y coherentes con el mayor o menor grado de implantación del uso del Euskera en la zona de influencia de los centros sanitarios de que se trate. Entre los principios rectores del Plan se incluye la progresividad en su aplicación.

El contenido del Plan aparece esquematizado en el apartado IV y se trata de diversas actuaciones y criterios relativos a la imagen y comunicación, a las relaciones externas e internas, a la gestión lingüística y, por último, a los perfiles lingüísticos, prioridades y fechas de preceptividad. A lo largo del Plan se describen las actuaciones y criterios a utilizar sobre dichas materias y serán después las Direcciones de las distintas Organizaciones de Servicios las que aprueben sus correspondientes Proyectos de Normalización para materializarlo. Osakidetza coordina e inspecciona la ejecución de las medidas que cada Organización de Servicios resuelva utilizar.

En íntima relación con el principio de progresividad antes aludido el Plan dedica varios apartados a la formación en y del Euskera como instrumento para su implantación escalonada.

También se contiene una serie de criterios para la asignación de perfiles lingüísticos y de fechas de preceptividad en el apartado nº 5 y se vuelve a incidir en él en la aplicación de forma progresiva. De hecho se recoge un listado de supuestos por orden de importancia para asignar la fecha de preceptividad como son la relación directa entre la utilización de la lengua y la calidad del servicio, que el empleado cuente con el perfil acreditado, se tiene en cuenta también si la relación de servicios es indefinida o temporal, la edad del empleado, etc, en suma, se infiere que el criterio no es el de imponer sin más una determinada fecha sino que se han de ponderar los factores concurrentes y entre ellos las condiciones personales del empleado atinentes a su formación en Euskera.

El Plan reenvía como normas supletorias, por este orden, al Decreto 67-2003 de uso del Euskera en Osakidetza y al Decreto 86-1997 por el que se regula el proceso de normalización del uso del euskera en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

El apartado f) como medida excepcional y justificada según su literalidad en el avance "en la consecución de los objetivos" se dispone que se asignará fecha de preceptividad a los efectivos de las unidades prioritarias que a partir de la aprobación del Plan se hallen o queden vacantes sin titular con la excepción de aquellos supuestos en los que la vacante se pueda asignar a personal en activo en otro puesto. Si como dice el apartado su finalidad es el avance en la consecución de los objetivos y estos no pueden ser otros que los lingüísticos referidos en la Introducción del propio Plan a que antes hemos hecho referencia, esto es, el satisfacer las necesidades de personal bilingüe que el propio Plan fija es razonable pensar que dicha actuación esté sometida a los criterios que también el propio Plan utiliza como pauta para fijar tanto los objetivos como los medios para actuarlos y entre ellos, como antes hemos visto, el de progresividad.

En el apartado i.2) el Plan dice que las fechas de preceptividad asignadas a los efectivos vacantes vencen a la aprobación del propio Plan y tal disposición es contraria al principio de jerarquía normativa como hemos visto al analizar las normas con rango de Ley y como veremos más abajo al analizar la normativa reglamentaria, y contraviene también las previsiones del propio Plan que se han analizado en el párrafo anterior. No puede ni el Plan, ni por lo tanto puede la resolución impugnada que se dictó en su desarrollo y ejecución, autorizar una fecha de preceptividad coetánea con la aprobación del Plan. Será necesariamente posterior y deberá acomodarse al principio de progresividad.

La interpretación del apartado y su desarrollo ha de tener en cuenta que en aquellos casos en los que el puesto está ocupado la asignación de un perfil lingüístico

lleva consigo un plazo de carencia de tres años -apartado i.1- y si durante esta, por ejemplo recién iniciada, el puesto quedase vacante, el imponer que la preceptividad cobrase efecto bien en ese momento bien retroactivamente está haciendo de peor derecho que a su titular cesante a aquellos que pudiesen optar a esa plaza. Y tampoco puede estimarse que la premura en lograr los objetivos lingüísticos justificasen esa preceptividad automática o retroactiva pues el hecho de contar con plazo el anterior titular impide razonablemente considerar que hubiese tal premura en la asignación. Se contraviene con nitidez el principio de progresividad en la implantación del Plan y se contraviene también el derecho a la movilidad funcional previsto por el art. 57 de la Ley autonómica 6-1989 de la Función Pública Vasca ya que no es un derecho subjetivo y absoluto del empleado sino que está condicionado a la discrecionalidad administrativa sobre la prioridad o no de cubrirlo y a los requisitos de la cobertura del propio puesto pero es así que entre estos se exigiría uno ilícitamente, como vemos, cual es que se cuente con un determinado perfil lingüístico a una determinada fecha.

Continuamos ahora examinando en qué términos se ordena la materia en estudio por las normas reglamentarias a que antes nos hemos referido y a las que ha de acomodarse el Plan y comenzamos por las previsiones del Decreto 67/2003, de 18 de marzo, de normalización del uso del euskera en Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

En su Introducción se vuelve a insistir en que los Planes han de establecer plazos y objetivos parciales atendiendo al grado de conocimiento del Euskera y que su principio rector debe ser el espíritu de consenso y equilibrio para garantizar su funcionamiento social. Y en los arts. 1, 4, 5 y 7 se vuelve a plasmar, ahora de forma expresa, que la finalidad del Plan es la incorporación progresiva del Euskera.

Será por lo tanto bajo este prisma de la progresiva implantación que deban interpretarse los arts. 20 y siguientes en los que se regulan las fechas de preceptividad. Es importante destacar para lo que después veremos sobre la naturaleza del Plan que en estos preceptos establecen que el perfil lingüístico forma parte de los elementos de identificación de los distintos puestos, que la fecha de preceptividad se establece en las distintas plantillas y que tal fecha es una exigencia obligatoria para el acceso y desempeño del puesto -afecta así a la movilidad funcional, es uno de los factores que la condicionan-.

En el art. 21 dispone que para asignar la fecha de preceptividad se debe tener en cuenta la escala de prioridades que el propio Decreto establece y las necesidades de atender a los ciudadanos en Euskera. Como antes vimos si cuando el puesto está cubierto se reconoce un determinado plazo de carencia no puede apreciarse urgencia cuando durante la vigencia de tal carencia el puesto quede vacante de modo que venza, incluso retroactivamente, la fecha de preceptividad pues si no había antes urgencia tampoco puede considerarse que esta concorra después además de que supone una quiebra del principio de igualdad ya que el empleado inicial habría contado con un plazo de adaptación que, sin embargo, se les niega a los demás. En realidad tal actuar parece esconder un intento de acelerar per saltum la implantación evitando su progresividad y desconocer los derechos de los empleados que no cuentan con el perfil que se asigne en el acceso a los puestos en condiciones de igualdad.

En el art. 22, relativo a los criterios para la asignación de fechas de preceptividad, volvemos a constatar -a través de la lectura de los distintos criterios que el precepto emplea- el respeto a los principios de progresividad y atención a las condiciones idiomáticas individuales de los empleados. Es conforme a estas previsiones y principios que ha de ser interpretado el apartado 4 cuando dispone que "La fecha de preceptividad del perfil lingüístico en aquellos efectivos a los que corresponda un perfil preceptivo se fijará dentro de los seis años del Plan y con anterioridad a la evaluación general establecida". Carece así la demandada de facultad para establecer la fecha de preceptividad en cualquier momento sino que ha de actuar ponderadamente valorando los elementos presentes en cada caso a la luz de aquellos principios de actuación, y más concretamente en cuanto al supuesto en estudio atañe no podrá, por las razones que hemos venido reiterando, establecer una preceptividad vencida retroactivamente respecto de los puestos funcionales que queden vacantes.

Tanto la Ley de Ordenación Sanitaria -ya lo vimos al examinarla- como la Disposición Adicional Cuarta del Decreto en estudio reenvían como norma supletoria al Decreto 86-1997. Por lo tanto tampoco resulta atendible el reiterado argumento de la demandada en el que pretende que no le resulta aplicable a Osakidetza.

En este último Decreto 86/1997, de 15 de abril, por el que se regula el proceso de normalización del uso del Euskera en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi encontramos también una regulación esencialmente similar a la de las normas analizadas hasta ahora.

Su Preámbulo, una vez más, recoge el principio de progresividad.

También establece -arts. 8 y 9-, como hemos visto que ocurre en el Decreto anterior, que el perfil y la fecha de preceptividad forman parte de las relaciones de puestos de trabajo y que el primero de ellos es una exigencia obligatoria para acceder y desempeñar el puesto de que se trate.

De los arts. 19 y 23 resulta la obligatoriedad de que cada Plan y asignación de perfiles y fechas de preceptividad -y no consta que en el supuesto autos se haya emitido- sean previamente informados por la Viceconsejería de Política Lingüística.

Los arts. 20 y 22 presentan un contenido básicamente similar al que hemos visto en el Decreto anterior con relación a los criterios para la asignación de perfiles y fechas de preceptividad.

Otra muestra del principio de progresividad y flexibilidad lo hallamos en el art. 43 cuando establece que el titular del puesto reservado con preceptividad ya vencida se reincorpore al mismo pues se le va a reconocer un período de 18 meses o tres años, según los casos, para que, a contar desde el reingreso, acredite el perfil.

Es importante recordar que lo expuesto es coherente con el criterio que la Sala ha empleado en asuntos en los que también se cuestionaba la necesidad de contar en todo caso con fecha de preceptividad y la aplicación del principio de progresividad:

“Pasando ahora a examinar lo que constituye como hemos visto el verdadero argumento del recurso debemos recordar el contenido de las normas de aplicación.

La Ley Básica 10-1982, de Normalización del Euskera, en sus arts. 6 y 14 esencialmente, nos permite estimar que la finalidad perseguida es que progresivamente se garantice a los ciudadanos que en sus relaciones con la Administración en la Comunidad Autónoma se puedan utilizar ambas lenguas oficiales. Es una regulación programática. Establece también que se determinará por los poderes públicos competentes las plazas en las que sea preceptivo el conocimiento de ambas y que en aquellas en las que no lo sea el nivel de Euskera se considerará como mérito. Se deduce así sin mayor complejidad que no todas las plazas deberán estar dotadas en todo momento con fecha de preceptividad puesto que ni es preciso que en todas ellas se dominen ambas lenguas y es, como hemos dicho, una norma de eficacia progresiva.

En segundo lugar, la Ley autonómica 6-1989, de la Función Pública Vasca, en su art. 15 recoge que en las Relaciones de Puestos de Trabajo deben figurar los requisitos para el desempeño y entre ellas necesariamente el perfil lingüístico exigido y la fecha de preceptividad. El texto es ambiguo ya que puede entenderse que todos los puestos tienen estos elementos y por ende en todo caso han de figurar en la Relación o puede entenderse que deben figurar en todo caso pero refiriéndose a aquellos en los que el puesto cuente con estos elementos, es decir, presuponiendo que puede haber otros puestos que no tengan ambos elementos. En principio ya hemos visto que la Ley Básica 10-1982 daría cobertura a esto último.

En el art. 97 de la Ley 6-1989, tras recordar que ambas lenguas son oficiales en la Administración y que esta ha de garantizar la atención ciudadana en ambas, dispone que cada puesta de trabajo ha de contar con un perfil –nivel de destreza en el conocimiento del Euskera- que, en tanto no sea preceptivo, será valorado como mérito. No se establece, por lo tanto, la obligatoriedad inmediata en todos los puestos. El perfil y la fecha de preceptividad se asignan por la Administración correspondiente y en cuanto a esta última se recoge bajo la expresión “en su caso”, lo que hace más evidente aún que no es un aspecto inmediato y obligatorio en todo caso sino que está en función de un sistema de implantación progresivo por fases. Únicamente cuando esté asignada será obligatoria la constancia en la Relación de Puestos de Trabajo de la fecha de preceptividad.

En el Decreto autonómico 86-1997, regulador del proceso de normalización lingüística en las Administraciones Públicas, encontramos también varios preceptos relevantes para el caso. Así, los arts. 4, 5 y 9 recogen que se fijarán planes quinquenales para los programas de normalización de cada entidad en los que a cada puesto de trabajo se le asignará un perfil y, nuevamente se utiliza la expresión “en su caso”, una fecha de preceptividad. Se refuerza así que esta no es un imperativo absoluto y que deberá constar en la Relación de Puestos de Trabajo cuando haya sido asignada al puesto y no en otro caso.

En el art. 11 aparece un concepto importante para solucionar el pleito cual es que se van aplicando sucesivamente, con cada plan, índices de obligado cumplimiento,

definidos como el porcentaje total de los puestos de trabajo que deben tener en el período asignada la fecha de preceptividad. Es así indudable que este aspecto no está presente en todos los puestos desde el comienzo de la vigencia de las normas en estudio. El artículo implica que cada plan tiene una finalidad, un objetivo marcado, cual es alcanzar ese porcentaje de puestos con preceptividad obligatoria, y no olvidemos que es cada Administración la que, como hemos visto, va asignando a cada puesto los repetidos elementos de nivel y fecha de preceptividad”.

En resumen, en el caso de autos la demandada con la resolución impugnada y con el propio Plan vulnera las normas de rango superior al haber establecido para los puestos que queden vacantes sin reserva durante la vigencia del Plan una fecha de preceptividad coincidente con la aprobación del mismo.

CUARTO.- Otro de los motivos que opone la apelante es que no se ha negociado con los Sindicatos ni la asignación de perfiles ni el establecimiento de fechas de preceptividad.

En el art. 24 del Decreto 86-1987 se recoge la necesidad de que los Sindicatos sean consultados en el proceso de elaboración del Plan y en la asignación de perfiles y fechas de preceptividad previamente a su incorporación a las relaciones de puestos de trabajo.

No exige la norma la negociación sino que bastaría con la consulta pero ocurre que la norma infringe otra de rango superior que sí impone negociar. En este sentido la Sala ha resuelto en asuntos similares cuanto pasamos a recordar:

“El primero de los motivos por orden lógico es el relativo a los vicios en el procedimiento, concretamente razona la actora que la reforma no se ha negociado con sindicatos y que por ello se vulnera la norma que así imponía. En la demanda –folio nº 112 de los autos principales- expone que tal norma es el art. 22 del Decreto autonómico 86-1997 si bien unos pasajes más adelante –folio nº 118 y siguientes- la sitúa en los arts. 24 y 25. El primero alude a la necesidad de que los sindicatos sean consultados...”

La fecha de preceptividad, recuérdese, como recoge el art. 8 del Decreto autonómico 86/1997, regulador del Proceso de Normalización del Euskera en las Administraciones Públicas es aquella a partir de la cual el cumplimiento del perfil lingüístico se constituye como exigencia obligatoria para el acceso y desempeño del correspondiente puesto de trabajo. Como vemos es un requisito esencial para la cobertura

del puesto e indudablemente una de las condiciones en que se ha de desarrollar el trabajo...

El hecho de que la recurrente utilice como norma jurídica el Decreto autonómico al que nos estamos refiriendo no impide que la Sala aplique no este sino los preceptos al caso del Estatuto Básico del Empleado Público recordando para ello la máxima *iura novit curia* conforme a la que (Sentencias del Tribunal Constitucional, v gr, nº 182-2000, 130 y 170 de 2004; y del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2003 y 18 de enero de 2006-recurso nº 5084/2002) el órgano jurisdiccional puede aplicar el derecho procedente aún cuando las partes no lo hayan argumentado sin que por ello se incurra en incongruencia extrapetita ni se genere indefensión siempre que no se haya alterado el hecho alegado ni la pretensión. Concretamente el Tribunal Supremo lo desarrolla en la referida Sentencia de 18 de enero de 2006 en los siguientes términos:

“...esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado en sus Sentencias de 15 de febrero (recurso de casación 8895/1998), 14 de julio (recurso de casación 4665/1998) y 2 de octubre de 2003 (recurso de casación 3460/97), 3 de marzo (recurso de casación 4353/2001), 6 de abril (recurso de casación 5475/2001), 9 y 30 de junio de 2004 (recursos de casación 656 y 865/2002), y 2 de febrero (recurso de casación 5405/2001) y 23 de marzo de 2005 (recurso de casación 2736/2002), recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 172/94, 222/94 y 203/98, entre otras), que el principio *iura novit curia* excusa al órgano jurisdiccional de ajustarse a los razonamientos jurídicos aducidos por las partes, siempre que no se altere la causa petendi ni se sustituya el *thema decidendi*, si bien ha de pronunciarse sobre lo solicitado motivando debidamente su decisión”.

La recurrente mantiene que la modificación ha debido ser negociada y pretende la anulación de aquella, por lo tanto, la pretensión no se va a ver afectada sino que únicamente se aplicará por la Sala la norma correcta, amén de que el rango de Ley básica de esta, por aplicación del principio de jerarquía normativa, priva de eficacia a la esgrimida por la actora pues se trata de un reglamento.

La solución del caso, vista la naturaleza y relevancia que representa la fecha de preceptividad, pasa por aplicar la doctrina que recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2012-recurso nº 4049/2011 cuyos pasajes más relevantes para el caso son los que pasamos a transcribir:

“Avanzando en el examen de la cuestión planteada en este recurso debemos reiterar la doctrina sentada por esta Sala y Sección en la Sentencia, de 3 de febrero de 2011 (R. C. 2567/2009), a la que también se remite la reciente Sentencia de 18 de julio de 2012 (R. C. 5734/2011), en la que se analiza el cumplimiento de los aspectos sustanciales que afectan al proceso de elaboración de las relaciones de puestos de trabajo, relativos a la exigencia de negociación colectiva, conforme a la regulación contenida en los artículos 30 , 31 , 32 y 34 de la anterior Ley 9/1987, de 12 de junio (LA LEY 1381/1987), de Órganos de Representación , determinación de las Condiciones de Trabajo y participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas; en los artículos

31 (LA LEY 3631/2007) a 46 de la vigente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LA LEY 3631/2007), y artículos 28 (LA LEY 2500/1978) y 37 de la Constitución (LA LEY 2500/1978).

La indicada resolución señala que anteriores pronunciamientos de la Sala, en relación con el artículo 34 de la Ley 9/1987, precisaban que "quedan excluidas de la negociación colectiva las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. A propósito de ellas solamente reconoce a los sindicatos un derecho de consulta cuando puedan tener repercusiones sobre las condiciones de trabajo. Por tanto, como se ha dicho la relación de puestos de trabajo en cuanto instrumento de ordenación del personal mediante el que se realiza la potestad organizativa queda fuera de la negociación colectiva aunque no de la obligación de consultar con las organizaciones sindicales".

Tras lo cual, haciéndose eco del planteamiento de la sentencia recurrida en el mencionado recurso, sostiene que el anterior precepto ha sido derogado por la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (LA LEY 3631/2007), a la sazón vigente, que en esta materia introduce una novedad en cuanto el artículo 37.2, que se refiere también a las materias que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación colectiva, y entre ellas el apartado a) contempla "las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización", y sin embargo añade a continuación en el siguiente párrafo "Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones Sindicales a que se refiere este Estatuto". Y en dicho apartado se recogen, entre otras, "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".

Finalmente, concluye: "En consecuencia, la nueva regulación exige, contrariamente a lo prevenido en la Ley 9/87, que las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, entre las que cabe citar las relativas a la aprobación de las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumento técnico legalmente previsto para llevar a cabo la ordenación del personal, en cuanto repercutan en las condiciones de trabajo de los funcionarios, sean objeto de negociación con las organizaciones sindicales".

Por último debemos tener presente que como afirma la Sentencia de 6 de julio de 2011 (RC 2580/2009) que "lo determinante para considerar preceptiva la negociación colectiva previa es, pues, que la concreta actuación de la Administración afecte o tenga repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos; esto es, que tenga un contenido sustantivo y una incidencia en la ordenación de las condiciones de trabajo, en el bien entendido de que, como se ha destacado también por el Tribunal Supremo, la mera referencia a aspectos relativos a esas condiciones de trabajo, sin entrar en su regulación ni en su modificación, no requiere de dicha negociación colectiva previa, 'ya que mencionarlos no significa entrar en su régimen ni variar su contenido' (entre otras, la

STS de 9 de febrero de 2004 , citada en la contestación a la demanda, o la STS de 22 de mayo de 2006)".

En atención a todas las consideraciones que hemos expuesto procede estimar el único motivo de casación en la media en que la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo que nos ocupa conlleva una efectiva repercusión en las condiciones de trabajo de los cinco puestos que se crean ex novo al fijar sus retribuciones y la forma de provisión, y la modificación que establece un nuevo lugar de desempeño del puesto de trabajo también repercute en una de las condiciones de trabajo.

Debemos refutar la argumentación de la sentencia de instancia que rechazó la pretensión del Sindicato recurrente al estimar que se había incumplido la carga alegatoria, cuestión en la se centra la verdadera clave para resolver en la instancia, ante el argumento que sostiene la sentencia de instancia de solo tomar en consideración las alegaciones destacadas en letra negrita en el escrito de demanda. El escrito de formalización de la demanda contenía una referencia suficientemente amplia y extensa de los motivos de impugnación, sin que pueda mutilarse el escrito dando únicamente validez a aquellos apartados destacados en letra negrita. La cita de los preceptos y su reproducción es íntegra y alegó que se habían infringido los artículos 31 (LA LEY 3631/2007) , 32 (LA LEY 3631/2007) y 37 del EBEP (LA LEY 3631/2007) , así como los artículos 28 (LA LEY 2500/1978) y 37 de la Constitución (LA LEY 2500/1978). Por lo que estimamos que no se había incumplido la carga de alegar.

... La estimación del citado motivo comporta haber lugar al recurso de casación, por lo que nos corresponde seguidamente el deber de resolver sobre el objeto del proceso en los precisos términos en que había sido planteado el debate, ex artículo 95.2.d) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio (LA LEY 2689/1998), Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Y esos "términos" no sólo se refieren a los de la instancia, sino también a la discusión dialéctica en la casación, como ha declarado esta Sala y Sección en las recientes Sentencias de fecha 7 de octubre de 2011 (LA LEY 192635/2011), dictada en el Recurso de Casación 5703/2009 (FJ 6 °), y de fecha 15 de febrero de 2012 dictada en el recurso de casación número 893/2010 (FJ 7°).

La aplicación de la doctrina precedente al caso examinado conduce a estimar el recurso contencioso-administrativo, afectando la relación de puestos de trabajo recurrida a las condiciones de trabajo, la negociación colectiva a través del instrumento idóneo, cual es la Mesa de negociación -que se omitió y no es sustituible por la petición de informes a las organizaciones sindicales-, es procedente y obligatoria, y su ausencia equivale a la omisión de un esencial trámite procedimental, incardinable en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/92 (LA LEY 3279/1992)".

En el supuesto de autos la documental aportada por la demandada en la instancia para intentar demostrar que hubo negociación no va más allá de la mera petición de informes que, como hemos visto en el párrafo anterior, no equivale ni supe a la negociación.

Tal documental evidencia, de un lado, que ya los sindicatos habían cuestionado su preterición pues a esto parece obedecer el documento de 10 de octubre de 2013 cuando dice responder, con el traslado del borrador del Plan, a un comunicado sindical anterior.

Si vemos los documentos de 6 y 8 de noviembre siguientes la demandada se limita a pedir a los sindicatos que le envíen las consideraciones que estimen procedentes al proyecto y que en su caso se incorporarán al mismo. Es pues una actuación unilateral de la demandada que ya había elaborado el proyecto y que se limita a ofrecer a la representación sindical la facultad de mostrar su parecer para, también unilateralmente, decidir respecto a si se incorpora o no a la versión definitiva. Falta así un genuino procedimiento de negociación en el que sin apriorismos se planteen y discutan los contenidos con el ánimo de lograr puntos en común.

Concluimos así con que la demandada ha vulnerado las normas esenciales del procedimiento en la elaboración del Plan, concretamente al fijar fechas de preceptividad en los puestos que resulten vacantes sin reserva durante su vigencia, al no haber obtenido el informe de la Viceconsejería de Política Lingüística y al no haber sometido la materia a la negociación con los representantes sociales.

SEXTO.- Con lo anterior no queda resuelto el proceso y es que los términos en que se plantea la pretensión por la apelante, concretamente que se anule la resolución impugnada y se condene a la demandada a cuanto resulte necesario para eliminar la preceptividad vencida en las plazas vacantes durante la vigencia del Plan, lleva consigo que como quiera que la resolución impugnada encuentra su fuente y es prácticamente una reiteración de lo recogido en el Plan, como hemos visto, la condena se extienda también a tales previsiones del Plan.

Debemos recordar que la demandada introdujo en el proceso la posibilidad de analizar el Plan cuando pretendía, calificándolo como acto administrativo, que la resolución impugnada no era sino la reiteración en el aspecto cuestionado de un acto ya firme y consentido, esto es, el propio Plan. La Sentencia, por su parte, consideró que el Plan es una disposición de carácter general y desestimó así el motivo de inadmisibilidad.

Si asumiéramos por nuestra parte que el Plan es una disposición general no habría problema alguno en su anulación a través del cauce del recurso indirecto implícitamente deducido pero ocurre que el Plan es un acto administrativo y no una disposición de carácter general.

El hecho de que se dirija a una pluralidad de destinatarios y de que regule los cauces para lograr los objetivos que se propone no le dota de la calidad de norma. Las bases de una convocatoria, con similar contenido, tampoco lo son. Y es que el Plan resulta de la aplicación de las previsiones de las normas expuestas, es un acto de ejecución de las mismas. En estas se faculta a la demandada para fijar determinados objetivos y adoptar las medidas correspondientes para alcanzarlos, ahora bien, su eficacia se agota cuando

concluye el período al que corresponde, es un acto de ejecución de una norma jurídica, no crea derecho, lo aplica y su eficacia se agota una vez aplicada, no permanece regulando las situaciones posteriores que se puedan presentar, no innova una regulación anterior, la aplica y se agota. Lo que ocurre es que esa aplicación no es instantánea sino sucesiva a lo largo de un período de tiempo.

Es más, como hemos visto, las previsiones del Plan dan lugar a que se modifiquen las relaciones de puestos de Trabajo a través de la incorporación a éstas de los perfiles lingüísticos y de las fechas de preceptividad, es un instrumento que habilitado para ello por las normas reglamentarias antes citadas modifica parte del contenido de las Relaciones de Puestos de Trabajo y éstas tienen naturaleza de acto administrativo (vide en este sentido el Auto del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014-recurso nº 5366/2011 en el que se describe la evolución jurisprudencial habida y el criterio adoptado en el año 2012 con vocación de permanencia) ergo puede concluirse con que el Plan no presenta rango superior.

El Plan actualmente tiene perfecta cabida en el art. 69 del vigente a la fecha de su elaboración Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7-2007 (derogado posteriormente por el RDL 5-2015) ya que en la lista abierta de medidas que las administraciones pueden establecer como contenido de los planes de organización de sus recursos pueden perfectamente incluirse aspectos tales como las exigencias -y entre ellas las idiomática- para las coberturas de los distintos puestos y las características que estos han de presentar.

En procesos anteriores a éste hemos analizado la naturaleza de estos planes del modo que pasamos a recordar y que es perfectamente trasladable al caso:

“Respecto del Plan de Ordenación parte la actora de considerar que se trataría de una genuina disposición de carácter general y que por ello adolece de vicios tales como la falta de aprobación por el Pleno y de publicación oficial que lo invalidarían.

La planificación del personal de las administraciones públicas aparece regulada en el art. 69 de la Ley 7-2007 por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público cuyo texto es importante tener presente:

“Artículo 69 Objetivos e instrumentos de la planificación

1. La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad.

2. Las Administraciones Públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyan, entre otras, algunas de las siguientes medidas:

a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos.

b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo.

c) Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.

d) Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III del presente Título de este Estatuto”.

Previamente a la interpretación de este precepto es importante también recordar que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el sustantivo planificación para referirse tanto a la acción y efecto de planificar -esto es, elaborar un plan entendido este como modelo sistemático de una actuación que se elabora anticipadamente para dirigirla y encauzarla- como al resultado de ésta en el sentido de plan general, metódicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objetivo determinado, tal como el desarrollo de una industria, entre otros.

El plan, la planificación, es pues algo previo, es un proyecto que muestra el resultado pretendido y los medios necesarios para ello a través de la exposición de los medios de que se dispone, de los que se han de incorporar a éstos junto con los cauces para obtenerlos y de la actuación que deba aplicarse sobre unos y otros desde los distintos enfoques que se estimen oportunos.

Ese proyecto es un instrumento guía que debe para su eficacia práctica llevarse a cabo a través de la actuación de las distintas medidas que plantee. Éstas serán los auténticos actos materiales de ejecución. El plan por si solo, en principio, no modifica la realidad, es un proyecto, el planteamiento de lo que se pretende hacer y de los pasos que han de darse para ello pero es distinto a la ejecución.

Si volvemos al texto del art. 69 podemos constatar que sus términos se acomodan perfectamente a cuanto terminamos de indicar.

En su apartado nº 1 se indican las finalidades de la planificación y en el nº 2 se enumeran ad exemplum una serie de medidas, de contenidos concretos del plan destacando en todos ellos que son, como se infiere sin dificultad de su redacción, proyectos necesitados de llevarse a la práctica a través de los instrumentos normativos y de actuación que correspondan. Así el plan puede indicar los medios personales de que se dispone, los que resultan necesarios tanto en número como en cualificación y los medios a través de los cuales haya de llevarse a cabo la previsión pero serán estos y no el plan los que instrumentalicen la materialización de aquellas previsiones. El plan puede establecer también las previsiones, esto es, la expresión de las necesidades y las actuaciones que se

pretenden llevar a cabo para satisfacerlas, entre otros campos en la organización de las estructuras de los puestos de trabajo pero será cada instrumento específico concreto el encargado de actuar aquel proyecto, por ejemplo será la modificación de la plantilla orgánica o de la relación de puestos de trabajo como se actúe lo proyectado, y así sucesivamente.

El plan no es por ello norma jurídica, no innova el ordenamiento ni regula sino que es el resultado de la aplicación de la propia norma, es la Ley la que faculta a la administración para valerse de este instrumento de planificación, de proyección, y se agota a medida que se van cumpliendo sus previsiones, además de que se eficacia es ad intra, está dirigido a que la administración pueda ordenar racionalmente, planificando, su potestad de autoorganización para la mejor satisfacción del interés general...

En el caso en estudio el acuerdo se atiene a lo expuesto ya que por el mismo se aprueba el Plan y se ordena a los Departamentos afectados la adopción de las medidas necesarias para su ejecución. El primero es de naturaleza programática y serán las sucesivas actuaciones de los segundos para materializar aquellos objetivos los que cuenten con naturaleza normativa o de acto administrativo según proceda.

Lógicamente si el autor del plan goza de atribuciones para ello podrá aprovechar su dictado para materializarlas, como ocurre respecto de la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo que lleva a cabo el acuerdo ...

Por lo tanto, de un lado, ni el Plan puede calificarse como disposición de carácter general, por los argumentos que hemos desarrollado -a los que debe ineluctablemente añadirse que es un instrumento que se agota en si mismo a medida que se van cumpliendo sus previsiones y no es susceptible de ulteriores aplicaciones al contrario de lo que acaece con las normas jurídicas y evidencia que carece de la naturaleza de disposición de carácter general-, ni tampoco la Relación de Puestos de Trabajo ni sus modificaciones ostentan tal naturaleza, como al respecto es ya criterio actual y consolidado del Tribunal Supremo (vide en este sentido el Auto de 10 de julio de 2014-recurso nº 5366/2011 en el que se describe la evolución jurisprudencial habida y el criterio adoptado en el año 2012 con vocación de permanencia)..."

El carácter de acto administrativo programático del Plan, análogo a lo que ocurre con las Bases de los distintos tipos de concurso, nos va a permitir que junto a la anulación del apartado del acto administrativo directamente impugnado se anule el apartado del Plan en que el mismo se sustenta a pesar de no haber sido impugnado en plazo.

En este sentido el Tribunal Supremo nos dice en la Sentencia de 5 de julio de 2011-recurso nº 416/2010, además de recordarnos que las Bases de una convocatoria carecen de la condición de disposiciones de carácter general, lo siguiente:

“la jurisprudencia de la Sala en determinadas ocasiones ha admitido la impugnación, a través de los actos de aplicación, de las bases no recurridas en su momento, aunque esa posibilidad se ha aceptado solamente a título de excepción en aquellos casos en que era evidente la nulidad de alguno de sus extremos o su ilegalidad y trascendencia (sentencias 107/2003 (LA LEY 12376/2003) del Tribunal Constitucional y entre las de esta Sala las de 25 de febrero de 2009 (LA LEY 23137/2009) (casación 9260/2004), entre otras)”.

Incluso cabría estimar en supuestos como el de autos, añadiríamos por nuestra parte, que en la medida en que se trata de un acto administrativo con características normativas resultaría analógicamente utilizable el art. 6 de la LOPJ e inaplicar por contrarios a derecho los fragmentos del Plan relativos a la fecha de preceptividad de los puestos que vayan resultando vacantes durante su vigencia.

En el caso los vicios de nulidad de que adolece el Plan del que trae causa la resolución impugnada son la carencia de trámites esenciales en el procedimiento (art. 62 de la Ley 30/1992) como son el informe de la Viceconsejería de Política Lingüística de la Administración autonómica, la ausencia de negociación con los representantes sociales de los empleados públicos y la vulneración del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23 de la CE) al imponer fecha de preceptividad distinta en los casos de puesto ocupado y puesto que quede vacante sin derecho a reserva durante la vigencia del Plan.

SEPTIMO.- De acuerdo con los arts. 86 y 139 de la LJ no se efectúa especial condena en costas y se dará acceso al recurso de Casación ordinario frente a esta Sentencia.

Ante lo expuesto la Sala

FALLA

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Apelación formulado por D^a.
contra la Sentencia nº 535-2015 dictada dictada el 28 de junio de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Bilbao en el Procedimiento Abreviado nº 880-2014 y, en consecuencia, revocándola, anulamos la resolución impugnada y el II Plan de normalización del uso del Euskera en la medida en que asignan a los puestos funcionales que queden vacantes durante la vigencia del Plan la fecha de preceptividad coincidente con la de la aprobación del Plan.

Cada parte satisfará las costas procesales causadas a su instancia.

Devuélvase al apelante el depósito constituido, extendiéndose por el Juzgado origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de 3 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 094615, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.