



ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO-  
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO EN EL TRIBUNAL SUPREMO

MG/SC

S.J.E. Nº 206/2016

Recurso Nº 1/3816/2015

## **A LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

### **(Sección Tercera)**

**EI ABOGADO DEL ESTADO**, en el recurso contencioso-administrativo de referencia, interpuesto por el SINDICATO INDEPENDIENTE DEL SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO, como mejor procede en Derecho **D I G O**:

Que por medio del presente escrito, evacuando el traslado conferido por la Sala, paso a contestar a la demanda, oponiéndome a la misma en base a los siguientes:

### **HECHOS**

Se dan por reproducidos los que resultan del expediente administrativo.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

A través del presente recurso el denominado SINDICATO INDEPENDIENTE DEL SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO (SISEX), impugna

CORREO ELECTRÓNICO:

aetsupremo@dsje.mju.es

C/ MARQUES DE LA ENSENADA,  
Nº 14, 2ª PLANTA  
28004 MADRID  
FAX: 91 3103765



el Real Decreto 638/2014, de 25 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de la Carrera Diplomática.

La entidad recurrente considera que dicho Real Decreto es nulo o en su defecto anulable por su contradicción con determinadas normas y principios jurídicos.

**PRIMERO.-** En primer lugar, la entidad recurrente considera que en la elaboración de dicho Reglamento se han infringido los artículos 34 y 37 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, así como el artículo 28 de la Constitución Española, al no haberse negociado el contenido del Reglamento con ninguna de las organizaciones sindicales legitimadas.

Según la entidad recurrente, el Reglamento contempla una modificación de las condiciones de trabajo del personal que compone la Carrera Diplomática, especialmente en lo relativo a la provisión de puestos de trabajo, por lo que el mismo debería de haber sido objeto de negociación colectiva, de acuerdo con lo establecido en los artículos 34 y 37 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Pues bien, frente a lo señalado por la recurrente, debe de destacarse la participación del personal que compone la Carrera Diplomática en el proceso de elaboración del Reglamento de la Carrera Diplomática.

Así, en primer lugar, la elaboración del Reglamento fue comunicada a todos los funcionarios diplomáticos, mediante correo electrónico en el que se les animaba a que expresasen su opinión sobre cualquier punto incluido en el proyecto de Reglamento.

Se acompañan, como **documentos número 1 y 2** al presente escrito, dos



cartas, de fechas 9 y 22 de julio de 2013, del Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores, enviadas a todos los funcionarios diplomáticos.

Por otra parte, se decidió constituir varios grupos de trabajo en los que participaran los representantes elegidos de la Junta de la Carrera Diplomática y los de la Junta de la Asociación de Diplomáticos Españoles (ADE), organización integrada en la Federación de las Asociaciones de Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (FEDECA) de la que son miembros el 65% del total de más de 900 funcionarios diplomáticos en activo.

La Asociación de Diplomáticos Españoles (ADE) es una asociación profesional creada en 1990, al amparo de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. La candidatura a la Junta de Personal del Ministerio de Asuntos Exteriores apoyada por la ADE era, en las fechas de elaboración del Reglamento, con cerca del 36% de los votos, la clara vencedora de los comicios celebrados en abril de 2011. Ello la colocó en el primer lugar entre los sindicatos representados en el Ministerio.

Se adjunta, como **documento nº 3**, al presente escrito de contestación de la demanda, certificado emitido por el Secretario General de ADE, en el que éste certifica:

*“Que la Asociación de Diplomáticos Españoles es una asociación profesional con carácter sindical cuyo fin social es la defensa de los intereses de los miembros de la Carrera Diplomática y su representación profesional y sindical y que, a tal fin, forma parte de la Junta de Personal del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación a través de la candidatura de la Federación de Cuerpos Superiores de la Administración (FEDECA).*



*Que a día de hoy la Asociación de Diplomáticos Españoles cuenta con 718 socios, de los cuales 117 son diplomáticos jubilados, siendo los 601 restantes diplomáticos en servicio activo, excedencia o servicios especiales, lo que supone aproximadamente el 65% de los miembros de la Carrera Diplomática.*

*Que durante los años 2013 y 2014 la Asociación de Diplomáticos Españoles estuvo asociada a los trabajos de elaboración del Reglamento de la Carrera Diplomática mediante la participación en los grupos de trabajo constituidos al efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.1.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.*

*Que durante esos mismos años la Asociación de Diplomáticos Españoles ejerció la presidencia de la Junta de Personal del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación; no constando en dicha Junta que existiera ninguna otra asociación o sindicato que representara o defendiera los intereses de la Carrera Diplomática”.*

Después de varios meses de sucesivas e intensas reuniones de los grupos creados, se consiguió que el texto del Reglamento fuera objeto de consenso.

En el caso de la entidad recurrente, SISEX, se la invitó igualmente a participar en los grupos, aunque con una representación menor que la de ADE, ya que no pasaban de 20 los funcionarios diplomáticos miembros de SISEX, y, alegando discriminación frente a ADE, SISEX renunció a su participación. Se adjunta, como **documento nº 4**, el correo electrónico que dirigió al buzón arriba mencionado, un funcionario diplomático expresándose por SISEX.

Finalmente, el Reglamento fue aprobado por el Gobierno después de haberse sometido al procedimiento de elaboración de todo Real Decreto, en



donde dieron su visto bueno e informe favorable, la Abogacía del Estado, el Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas y el Consejo de Estado.

Lo anterior no es obstáculo para señalar que, como pone de relieve el dictamen, de 10 de julio de 2014, de la Abogacía del Estado del Ministerio de Asuntos Exteriores, el artículo 37.1 c) del Estatuto del Empleado Público, que es el que invoca la parte recurrente, no resultaba aplicable, al referirse solo a *“las normas que fijan 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”*, lo que significa que únicamente han de someterse obligatoriamente a negociación colectiva las normas aplicables al conjunto de los funcionarios públicos o a un sector concreto (Sanidad, Educación, etc.) o a una determinada Administración Pública, pero no como ocurre en el presente caso a un Cuerpo específico de funcionarios.

**SEGUNDO.**- Considera la recurrente que el Reglamento de la Carrera Diplomática infringe los artículos 9.3 y 23.2 de la Constitución Española y los artículos 36 y 51 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado, al establecer el artículo 14 del Reglamento de la Carrera Diplomática que los puestos de trabajo en el exterior adscritos en exclusiva a los funcionarios de la Carrera Diplomática se proveerán por el procedimiento de libre designación, previa propuesta no vinculante de la Junta de la Carrera Diplomática.

Según la entidad recurrente, ello vulnera los mencionados preceptos del Real Decreto 364/1995, que establecen el concurso como sistema normal de provisión de los puestos de trabajo.



Sin embargo, lo primero que cabe de señalar es que la propia norma citada por la entidad recurrente, el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado, excluye de su ámbito de aplicación la provisión de puesto de trabajo en el extranjero.

Así el artículo 1.2.b) de dicho Real Decreto dispone que:

*"La provisión de puestos de trabajo en el extranjero se regirá por su regulación específica".*

Otras normas, anteriores y posteriores al Real Decreto 364/1995, han reconocido también que el Servicio Exterior se rige por su propia y específica regulación. Así, con rango de Ley, hay que citar el artículo 1.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y los apartados 4 y 5 del artículo 41 de la Ley de la Acción Exterior y Servicio Exterior del Estado (LAESEE).

Dentro de esa regulación específica siempre ha estado vigente la norma de que la asignación de los puestos en el exterior reservados a la Carrera Diplomática se haga bajo el principio de la libre designación. Así se estableció en los sucesivos Reales Decretos 3033/1976, de 3 de diciembre sobre ascensos y provisión de puestos en la Carrera Diplomática, 690/1990 y 674/1993, de 7 de mayo, sobre provisión de puestos de trabajo en el extranjero y ascensos de los funcionarios de la Carrera Diplomática, que es derogado y sustituido por el Reglamento de la Carrera Diplomática, cuyo artículo 6 apartados 1º y 2º viene prácticamente a ser reproducido por el artículo 14.1 del Reglamento impugnado.

De esta manera, el principio general en el Servicio Exterior ha sido siempre el de la libre designación en la provisión de puestos reservados a los funcionarios



diplomáticos.

Lo cual se combina, como veremos más adelante, con el establecimiento por el Reglamento de la Carrera Diplomática de concretos y precisos requisitos para el desempeño de determinados puestos.

A tal respecto, puede reproducirse lo señalado por el Consejo de Estado en su informe, al decir que:

*“En relación con la provisión de puestos de trabajo en el extranjero, destaca la regulación del procedimiento, con especial referencia a los requisitos de los candidatos y los elementos a valorar en ellos, así como la previsión de posibles convocatorias especiales. Se detiene en la regulación de la Junta de la Carrera Diplomática, órgano colegiado asesor en materia de ascensos y de provisión de puestos de trabajo en el exterior, y en la intervención en la misma de representantes elegidos por y entre los funcionarios integrantes de las distintas categorías, asegurando la representación de todas ellas.*

*En cuanto al procedimiento de provisión de puestos de trabajo de libre designación en los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, señala que la regulación se ajusta a lo establecido en la legislación relativa a empleo público e identifica como especialidad contenida en el Reglamento la posibilidad de constituir grupos de trabajo a fin de valorar adecuadamente los méritos de los funcionarios que participen en el procedimiento. Añade que la designación de los Jefes de Misión Diplomática regulada en el capítulo VI desarrolla las previsiones del artículo 44.4 de la Ley de Acción y del Servicio Exterior del Estado, a cuyo fin dispone la intervención de un Grupo de Trabajo presidido por el Subsecretario de Asuntos Exteriores y Cooperación, que presentará al*



*Ministro una terna de diplomáticos para ocupar las Jefaturas de Misión, y regula los requisitos que los candidatos deben reunir así como los criterios de competencia profesional y experiencia a valorar en aquéllos.*

*Expone por último el contenido de las provisiones relativas a la formación de los funcionarios de la Carrera Diplomática –específica de los destinados en un puesto en el extranjero y continua de todos- y la configuración de la Escuela Diplomática como centro de formación de estos funcionarios”.*

Según la recurrente, la Exposición de Motivos solo contiene “*una alusión genérica e insustancial al sistema de libre designación*”. Pues bien, en el cuerpo dispositivo del Reglamento, en concreto en su artículo 2, que repite el artículo 55.1 de la LAESEE, se describen y califican los puestos reservados a funcionarios de la Carrera Diplomática como desempeño de “*funciones de naturaleza política, diplomáticas y consulares, de acuerdo con lo establecido por los convenios internacionales en vigor*”, lo que encaja perfectamente en puestos de “*carácter directivo o de especial responsabilidad*” a los que se refiere el artículo 51.2 del Real Decreto 364/1995, como idóneos para que se asignen por el sistema de libre designación.

Cabe recordar que las funciones de una misión diplomática, tal y como están recogidas en el artículo 3 del Convenio de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, suponen, representar al Estado acreditante, proteger sus intereses y los de sus nacionales, negociar con el Gobierno del Estado receptor, enterarse de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello a sus autoridades y fomentar las relaciones amistosas en todos los campos. El artículo 42.4 de la LAESEE recoge casi literalmente esas mismas funciones.

Igualmente, por lo que se refiere a los Consulados, el artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963, recoge en 13





apartados sus funciones, que se refieren a los muy diversos aspectos de la protección y asistencia de nuestros nacionales en el extranjero y a la formalización de distintos actos y documentos de carácter judicial, notarial, de identificación, de documentación de viaje, de visados y otros de manera que tengan plenos efectos en el Estado que envía.

Teniendo en cuenta la especial relevancia que implican esas funciones y con el fin de facilitarlas, se reconoce al personal de la Misión Diplomática o de la Oficina Consular y, en particular, a los funcionarios diplomáticos unas inmunidades, facilidades y exenciones que son prueba de su trascendencia. Así, en el preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas se establece que *"tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados"*. El mismo texto es el que figura en el Preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Con el fin de constatar la especial responsabilidad de los funcionarios diplomáticos en puesto en el extranjero hay que tener presente la vulnerabilidad de las misiones diplomáticas y de los consulados por su reducida dimensión y por su inevitable aislamiento. Los medios personales efectivos en cada Embajada son el Jefe de Misión, más dos o tres diplomáticos y en los Consulados un solo diplomático. Ello quiere decir que ninguno puede dejar de hacer lo que le corresponde, pues se pondría en serio riesgo el funcionamiento correcto de la misión diplomática o consular en otro caso además de la ineficacia, que se originaría con el daño consiguiente en el asunto de fondo de que se trate, se perjudicaría también la consideración y la imagen del Estado al que los funcionarios diplomáticos representan.

Prueba de esa especial responsabilidad o trascendencia que pueden tener



las actuaciones de un diplomático o un cónsul, la da el hecho de que el Estado receptor se reserva siempre la posibilidad de declararlo *persona non grata*, como queda recogido en el artículo 9 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y en el artículo 23 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares.

En esas condiciones resulta muy adecuado que el nombramiento y cese de los funcionarios diplomáticos en el exterior sea adoptado en régimen de libre designación, de forma que puedan tomarse en consideración todas las circunstancias concurrentes en el diplomático y en el concreto destino que ha de ser cubierto.

**TERCERO.-** Señala la entidad recurrente que el sistema de ascensos contemplado en el capítulo II del Reglamento contraviene los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, que recogen los artículos 9.3 y 23.2 de la Constitución.

Al margen de la incorrecta cita del artículo 9.3 de la Constitución, debe de destacarse la especialidad del Servicio Exterior y el hecho de que los funcionarios diplomáticos desempeñan sus funciones dentro de una “*carrera*”.

Las manifestaciones efectuadas por la entidad recurrente y muy escasamente representativa, sobre la inidoneidad de los criterios establecidos por el Reglamento de la Carrera Diplomática, tienen un carácter puramente subjetivo.

En el presente caso, como ha señalado reiteradamente ese Tribunal Supremo, así en **sentencia de 9 de diciembre de 2015 (rec. 864/2014)**.

*“La regulación que se efectúa está dentro de las facultades organizativas*



*de quien es titular de la potestad reglamentaria, sin que la opción adoptada sea arbitraria o irrazonable”.*

Pues bien debe de señalarse que los criterios adoptados son razonables y se ajustan al principio de legalidad, sin infringir los principios de mérito y capacidad que la Constitución establece.

En primer lugar, debe de señalarse que en términos generales se ha mantenido en el nuevo Reglamento el mismo sistema establecido por el Real Decreto 674/1993.

Señala a tal respecto el informe del Consejo de Estado:

*“El capítulo II del Reglamento regula en los artículos 5 a 13, el escalafón y los ascensos en el Cuerpo de funcionarios de la Carrera Diplomática.*

*Con carácter general, el referido capítulo mantiene el mismo sistema que el actualmente vigente al amparo del Real Decreto 674/1993, sobre provisión de puestos de trabajo en el extranjero y ascensos de los funcionarios de la Carrera Diplomática”*

Por el contrario, la crítica efectuada por la entidad recurrente que, como hemos visto, posee una mínima representación en el ámbito de la Carrera Diplomática, no se encuentra justificada.

Así, en cuanto al ascenso en las categorías inferiores se dice que para el ascenso se atiende exclusivamente a criterios de antigüedad, sin ninguna consideración a los méritos del candidato. Pues bien ello no es así.

Para cualquier ascenso entre categorías que no sea la de Embajador,



tiene que haber una propuesta de ascenso de la mayoría absoluta de la Junta de la Carrera Diplomática, y, además, están también presentes otros requisitos como el de haber cumplido tiempos mínimos de destino en el exterior, así como haber desempeñado puestos de especial dureza (artículos 8 y 9 del Reglamento).

Respecto de los ascensos en las categorías superiores señala la recurrente que hay *"un examen cuyos requisitos, parámetros evaluadores y baremos de calificación resultan inexistentes"*. En realidad, no es así. El artículo 10, del Reglamento prevé, para el ascenso a Ministro Plenipotenciario de tercera clase, cinco años de servicio efectivo en el extranjero, el desempeño durante al menos dos años de un puesto de nivel 29 o 30 en la Administración General del Estado o de una jefatura de Consulado General o de una segunda jefatura de misión diplomática. Además, se requiere haber superado un curso de ascenso cuyas características son objeto del artículo 48, dentro del capítulo VII, dedicado a *"La formación de los funcionarios de la Carrera Diplomática"*.

Finalmente, en cuanto al ascenso a la categoría máxima de *"Embajador"*, la entidad recurrente olvida que el artículo 13 fija las condiciones que hay que cumplir, a saber, tener la categoría de Ministro Plenipotenciario de primera clase y haber desempeñado una jefatura de misión diplomática o un alto cargo. El Consejo de Ministros solo puede ascender a Embajador al funcionario diplomático que cumpla con tales condiciones.

Por último, cabe decir que la distribución de los funcionarios diplomáticos en categorías que hace el Reglamento es muy similar a la que aplican otros países. La organización jerarquizada de cualquier Embajada o Consulado cuenta, dependiendo su número total, de su dimensión, con puestos de Embajador, Ministro Consejero, Consejero, Secretario, Cónsul General, Cónsul, a los que se accede a partir de la categoría personal que en su carrera diplomática, se reconoce internamente, dentro de cada país, a cada funcionario diplomático. Así,



el artículo 17 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas se refiere a que el Embajador o el Jefe de Misión debe notificar al Ministerio de Relaciones Exteriores, el orden de precedencia de los miembros del personal diplomático de la misión, y el artículo 21 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares mutatis mutandis para el ámbito consular.

**CUARTO.-** Finalmente se alega de contrario que el Capítulo IV, sobre la Junta de la Carrera Diplomática, vulnera el Estatuto Básico del Empleado Público, al dársele competencias que excluyen que las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Carrera diplomática se sometan a los procesos de negociación colectiva previstos en los artículos 34 y 37 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Lo primero que cabe responder es que la Junta de la Carrera Diplomática es un órgano colegiado de la Administración, integrado en la Subsecretaría (artículos 26 y 27 del Reglamento), que carece de cualquier capacidad decisoria.

Su origen se remonta al Real Decreto 3033/1976, de 3 de diciembre, sobre ascensos y provisión de puestos de trabajo a funcionarios de la Carrera Diplomática y forma parte del marco legal de la regulación específica del Servicio Exterior a la que se ha hecho referencia anteriormente. Componen la Junta el Subsecretario, que la preside, los Directores Generales del Ministerio, el Subdirector General y el Subdirector Adjunto de Personal, el Inspector General de Servicios y diez representantes elegidos por las categorías de la Carrera Diplomática.

Sus funciones, no están enfocadas hacia la negociación colectiva, sino que parten de otra perspectiva, pues no se trata de establecer *"normas que fijen los criterios generales en materia de....carrera, provisión, sistemas de clasificación de*



*puestos de trabajo...*" (artículo 37 c) del EBEP), sino de aplicar las normas ya establecidas y, así, por ejemplo, proponer los nombres de las personas que pueden ocupar puestos determinados en el extranjero.

Como labor principal, la Junta es un órgano que hace solo propuestas, que pueden o no seguirse por el Ministerio, de provisión de puestos en el exterior (artículos 14.1, 20 y 29.2), aplicando los criterios marcados por los artículos 20 y 21 del Reglamento.

Igualmente, la Junta, aplicando los requisitos que vengan al caso, hace las propuestas de ascenso entre categorías, salvo la del ascenso a Embajador. Asimismo, ejerce una función consultiva, en los casos en que el Reglamento prevé que sea "*oída*", a saber, en la clasificación de puestos en el exterior y plazos mínimos y máximos en el Ministerio y en el extranjero. Por lo demás, el Reglamento la define como un órgano asesor y de consulta del Subsecretario y del Ministro, quienes pueden solicitar la opinión, siempre no vinculante, de la Junta sobre cualesquiera cuestiones relativas a la Carrera Diplomática.

Claramente, la Junta de la Carrera Diplomática ni es un órgano de negociación colectiva, ya que no interviene en otras materias enunciadas en los artículos 37 y 40 del EBEP, ni tampoco en los haberes o retribuciones, como señala la entidad recurrente, ni por tanto busca suplantar a los órganos de negociación colectiva tales como las Mesas de Negociación o la Junta de Personal del Ministerio.

En virtud de lo expuesto,

**SUPLICO A ESA EXCMA. SALA** tenga por contestada la demanda y que en su virtud tras la tramitación pertinente dicte sentencia por la que se desestime



el recurso, con expresa imposición de las costas del mismo a la entidad recurrente.

**PRIMER OTROSÍ DIGO** que al amparo de lo prevenido en el artículo 60.1 de la Ley de esta Jurisdicción, solicito el recibimiento a prueba del presente recurso, que versará sobre:

- El conocimiento y la participación de los miembros de la Carrera Diplomática y de las Asociaciones en la elaboración del Reglamento de la Carrera Diplomática.

- El carácter representativo de la entidad recurrente y de la Asociación de Diplomáticos Españoles.

**SUPLICO** acceda, en su día, al recibimiento a prueba que se interesa para su práctica en el momento procesal oportuno.

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO** que al amparo de lo dispuesto en el artículo 60.1. LJCA, esta parte propone los siguientes medios de prueba:

- Documental, consistente en que se tenga por reproducida la documental aportada por esta parte junto con el presente escrito de contestación a la demanda.

Es Justicia que pido en Madrid, a 25 de abril de 2016.