

LA LIBRE DESIGNACIÓN A LA LUZ DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: GARANTÍAS JURÍDICAS.

Por el Dr. D. Manuel BEATO ESPEJO.

Profesor Titular Numerario de Derecho Administrativo.
Universidad de Extremadura.

S U M A R I O

SIGNIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

—Disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de provisión de puestos de trabajo por libre designación, desde el Texto Articulado que aprueba la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de Febrero de 1964, hasta la actualidad.

—Transitoriedad prolongada que impide la aplicación del principio.

NATURALEZA Y LÍMITES DE LA LIBRE DESIGNACIÓN.

—Sistema excepcional pero motivado.

—Discrecionalidad, no arbitrariedad.

—El libre nombramiento.

LIBRE DESIGNACIÓN Y CARRERA ADMINISTRATIVA.

—Mérito y capacidad.

—Principio de igualdad.

—Publicidad.

RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y PLANTILLA DE PERSONAL.

LA LIBRE REMOCIÓN: CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y ECONÓMICAS.

CONCLUSIONES.

JURISPRUDENCIA COMENTADA.

Significación del problema.

Es criterio común y generalmente aceptado por los estudiosos del Instituto de la Función Pública que la libre designación es un sistema excepcional en la provisión de puestos de trabajo adscritos a funcionarios.

En una lógica relación causal aparece recogido tal pensamiento en todas las disposiciones vigentes sobre la materia a lo largo del presente siglo.

Pero posiblemente la realidad jurídica, la dificultad que entraña el hecho de gobernar, el hueco flexible donde normalmente se sitúan aquellos puestos o, sin más, una voluntad decidida en la gestión administrativa, nos lleva a constatar que la libre designación ha sido un medio muy normal en el sistema de provisión de puestos de trabajo sometidos al régimen funcional.

Es abundante la jurisprudencia del Alto Tribunal que sobre el tema existe tanto anterior a la vigente Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública como posterior a ella y asimismo en función de los principios jurídicos dimanantes de la Constitución Española de 1978 como del período preconstitucional.

De la doctrina jurisprudencial queda claro, en base a la fundamentación jurídica que iremos analizando, que la idea matriz es la acertada pero que la práctica administrativa no se corresponde ni con el pensamiento ni con la norma.

¿Debemos cambiar de técnica por tanto, o tal vez es un tema de responsabilidades?

A modo de apoyo jurídico de los criterios jurisprudenciales, apuntamos ahora las disposiciones legales y reglamentarias que han regulado y regulan actualmente los sistemas de provisión de puestos de trabajo como elemento de la carrera administrativa del funcionario.

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en su artículo 20, integrado en el Capítulo IV que reza

bajo el título «Normas para objetivar la selección de personal, la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios», regula dos sistemas de provisión de puestos de trabajo: a) el concurso, que constituye el sistema normal de provisión, y en él se tendrá en cuenta únicamente los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria y b) la libre designación con convocatoria pública. Se cubrirá por este sistema los puestos *que se determinen en la relación de puestos de trabajo*. La convocatoria indicará entre otros, señala el propio artículo, los requisitos mínimos exigidos a los funcionarios que aspiran a desempeñarlos.

En desarrollo de la citada Ley, se aprueba por el Gobierno de la nación el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los funcionarios de la Administración del Estado, Real Decreto 2617/1985, 9 de diciembre. Su artículo 3 regula tales sistemas con idénticas características, pero matizando respecto de la libre designación que «sólo podrá proveerse... los puestos de trabajo que por la *naturaleza de su contenido*, tengan atribuido tal sistema de provisión en la relación de puestos de trabajo».

Las correspondientes Leyes de Función Pública de las distintas Comunidades Autónomas, así como sus respectivos Reglamentos sobre provisión de puestos de trabajo, regulan con similares caracteres la materia.

En su momento será obligado acudir a alguna de ellas que de forma más precisa regula tal contenido.

En la Legislación ya derogada y preconstitucional sobre la situación que analizamos, anotamos por su esencial identidad, el Decreto número 315/1964, 7 de febrero, Texto Articulado que aprueba la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que en su artículo 56 recoge los dos mismos sistemas de provisión de puestos de trabajo y correspondientes a los Cuerpos Generales, expresando: «...por concurso de méritos entre funcionarios, salvo los que excepcionalmente se clasifiquen, a propuesta de la Comisión Superior de Personal, como de libre designación».

De igual forma, por Decreto número 1.106/1966, 28 de Abril, se aprueba el Reglamento para la provisión de vacantes. Su artículo 2 establece que «sólo podrán proveerse mediante el sistema de libre designación los puestos de trabajo que excepcionalmente se califiquen como tales *a iniciativa de los Ministerios interesados...*». Las demás vacantes se cubrirán por el sistema normal de concurso de méritos.

Para la Administración Institucional se aprueba por Decreto 2.043/1972, 23 de Julio, el Estatuto del Personal al servicio de los Organismos Autónomos. Congruentes con el principio de unidad que preside toda la panorámica de la Administración Pública como expresa su Exposición de Motivos, el artículo 12 recoge igualmente los citados sistemas de provisión y con idénticas características que la Administración Civil del Estado.

En coherencia con lo indicado, la quiebra en la aplicación de tales principios, aparentemente tan claros, proviene de la propia norma que excepciona temporalmente lo general y así lo mantiene hasta que se cumpla una condición que no llega. Nos referimos a la prolongada vigencia durante veinte años de ciertas disposiciones transitorias.

El artículo 2.2. del citado Decreto 1.106/1966, tras establecer, como se ha dicho, que «sólo podrá proveerse mediante el sistema de libre designación los puestos de trabajo que excepcionalmente se califiquen como tales, a iniciativa de los Ministerios interesados y a propuesta de la Comisión Superior de Personal, indica: «...sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del presente Reglamento», que establece:

«Hasta tanto no se efectúe la clasificación de puestos de trabajo, de conformidad con lo establecido en el Decreto 865/1964, de 9 de Abril, a efectos de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Articulada de Funcionarios, se entenderán que son puestos de libre designación para proveerse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 del presente Reglamento, lo que a iniciativa de los distintos Departamentos se clasifiquen *provisionalmente* como tales por la Comisión Superior de Personal, ...así como aquellos otros que teniendo tal consideración de acuerdo con las normas de cada Ministerio, hayan de ser desempeñados exclusivamente por funcionarios de Cuerpos Generales, ...o, indistintamente, puedan ser provistos entre dichos funcionarios y los pertenecientes a Cuerpos Especiales...».

En idéntico sentido el Decreto número 1.182/1965, 6 de Mayo, sobre provisión de vacantes por los Departamentos Civiles, en su artículo 2, señala:

«Hasta tanto se efectúe la clasificación de puestos de trabajo de conformidad con lo establecido en el Decreto 865/1964, a efectos de lo que dispone el artículo 56 de la Ley Articulada de Funcionarios, se entenderá que son puestos de libre designación, aquellos que venían siendo provistos en tal forma o que expresamente tenían tal consideración, de acuerdo con la Legislación de cada Ministerio, vigente hasta el 31 de Diciembre de 1964, que será de aplicación en estos casos».

El vigente Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo, utiliza la misma técnica en su Disposición Transitoria Undécima:

«Hasta tanto se aprueben las relaciones de puestos de trabajo previstas en el artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, podrán continuar considerándose como de libre designación los puestos de trabajo que así lo tengan establecido por normas específicas del Departamento, y aquellos con complemento de destino de nivel 24 y superior, y Secretarías de Altos Cargos y Subdirectores Generales».

A mayor abundamiento, la Disposición Final Segunda de la misma norma, condiciona la entrada en vigor de sus Capítulos II, III, IV y V, a la aprobación de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.

La Administración del Estado, por Orden del Ministerio de la Presidencia de fecha 15 de enero de 1986 sobre relación de puestos de trabajo, en desarrollo de la misma Ley 30/1984, publicada al día siguiente del Real Decreto 2.617/1985, da instrucciones a todos los Departamentos en su apartado octavo, forma de provisión, cambiando la calificación de tales puestos e indica:

«Al formular la correspondiente propuesta deberá tenerse en cuenta que... el procedimiento de concurso deberá ser el propuesto normalmente, reservándose el de libre designación, con carácter restringido, para puestos con nivel de complemento de destino correspondiente entre 26 (inclusive) y 30 en *que así estrictamente se considere necesario y, excepcionalmente en supuestos debidamente justificados*, para los puestos de nivel inferior a 26».

Se observa como la excepcionalidad de la libre designación sigue imprecisa y condicionada aunque siempre jurídicamente fundamentada y motivada. Así, por una parte se hace necesaria la clasificación de puestos de trabajo, a tenor del Decreto 865/1964, derogado, o las relaciones de puestos de trabajo previstas en el artículo 15 de la Ley 30/1984, en base al Real Decreto número 2.617/1985, donde figure el sistema de provisión. Por otra, se va adelantando la decisión a adoptar, mediante la fijación concreta de unos determinados puestos que deben cubrirse por tal sistema: los de complemento de destino superior al 24, o entre 26 y 30, según la norma y de distinto rango jerárquico, y aún en este caso a lo que «se considere necesario» o a lo «debidamente justificado», más otros puestos ya citados.

Pero, lo que es más digno de destacar, se sigue entendiendo como libre designación, «...aquellos que venían siendo provistos en tal forma o que expresamente tenían tal consideración, de acuerdo con la Legislación de cada Ministerio, vigente hasta el 31 de diciembre de 1964...» o «...los puestos de trabajo que así lo tengan establecido por normas específicas del Ministerio...».

Estas normas específicas de cada Ministerio fueron derogadas, entre otras por el Decreto número 4.157/1964, 23 diciembre, dictado en cumplimiento de la Ley 109/1963, de Bases de Funcionarios Civiles del Estado, y con efecto, a partir de 1 de enero de 1985. Así se deja sin efecto, según señala la norma, aunque los Decretos 1.182/65, 1.106/66 y 2.617/85 las mantiene vigentes, nuevo Decreto sobre provisión de plazas concretas de distintos Ministerios y cuyas fechas van entre el 27 de noviembre de 1930 y el 9 de abril de 1959.

Todos ellos utilizan el término de «libre elección como contrapuesto al de «provisión ordinaria», pero la provisión en todo caso se hace entre funcionarios.

Se destacan brevemente dos Órdenes del Ministerio de la Gobernación, 20 de febrero de 1941 y 24 de mayo de 1952, dictadas en cumplimiento del Decreto de 2 de noviembre de 1940, que autoriza dictar normas para la provisión de destinos en el mismo. Su artículo 2 dice:

«Por regla general, podrán clasificarse los destinos, dentro de cada Cuerpo y plantilla, a efectos de provisión en: de elección y de turno ordinario».

«Se comprenderán en el primer grupo aquellos para los cuales se estimen indispensables condiciones especiales de idoneidad o de confianza».

«Se comprenderán en el segundo, todos los demás, siendo principio rector de su provisión la protección a la familia y a la antigüedad».

En ambas Órdenes se insertan sendos anexos en los que se relacionan qué puestos se cubren por «destinos de elección» y cuáles por «destinos de provisión ordinaria».

En los primeros además de largas listas se observa también, como residual aquello de «los que se consideren de confianza».

No obstante y en cualquier caso, la Administración ha de motivar la excepcionalidad de los destinos de elección, y lo hacía en base a criterios de idoneidad o confianza o como la Exposición de Motivos de citado Decreto

indicaba: «armonizar la conveniencia del servicio con la conveniencia del servidor».

Naturaleza y límites de la libre designación.

La Sentencia de 4 de julio de 1986, Sala Tercera del Tribunal Supremo, impone una vez más de forma clara y evidente los principios constitucionales a que ha de someterse el actuar administrativo. El fundamento de Derecho segundo se expresa así:

«...porque la Administración ha de actuar «con sometimiento pleno y la Ley y al Derecho» (artículo 103-1), y que está sujeta «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (artículo 9-1)... pero además... la Constitución impone a la Administración (artículo 103-1) que sirva «con objetividad los intereses generales» y a los Tribunales (artículo 106-1) que controlen «la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican...».

Tales consideraciones deben servir a los poderes públicos, especialmente después de la Constitución para enmarcar su actividad en general, pero especialmente y en función de nuestro análisis, cuando decide sobre la provisión de vacantes aún bajo el sistema de la libre designación. Ya que como dice la misma Sala en la propia Sentencia:

«...la discrecionalidad no ha sido jamás (y menos puede serlo a partir de la Constitución, en virtud de lo dispuesto en sus citados artículo 103-1 y 106-1 y también en el 9-3 in fine) la posibilidad de decidir libérrimamente, sin atenerse a ninguna regla o criterio objetivo». Esto último es arbitrariedad y como ha dicho recientemente la Sala Cuarta de este Tribunal —en Sentencia de 21 de noviembre de 1983— «discrecionalidad y arbitrariedad entrañan unos conceptos antagónicos».

En este punto hay que determinar qué reglas o criterios objetivos han de servir a la Administración para calificar ciertos puestos como de libre designación y que sin duda alguna condiciona su provisión.

La Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 4 de abril de 1972, fija:

«...en el ejercicio de sus facultades la Administración está sometida a un doble condicionamiento: uno, de carácter sustancial, consistente tanto en el *interés*

público al que toda actuación administrativa debe en general enderezarse, como el fin especial a que cada acto administrativo debe legalmente tender, y otro, de naturaleza formal, en cuanto que la Administración, para el logro de aquellos fines debe sujetarse a las formas y *procedimientos señalados por la Ley específicamente...*»

En la Sentencia del mismo Alto Tribunal, de fecha 30 de noviembre de 1981, siguiéndose criterios similares, la Sala Quinta, señala:

«Que el citado artículo 55 de la Ley Articulada de Funcionarios no habilita a las autoridades administrativas que menciona, para realizar la adscripción a puestos concretos, de una omnimoda voluntad para realizarla a su libre arbitrio, pues la finalidad de interés público de la norma proclama que tal adscripción se efectúe, en primer término, prontamente, es decir, sin dilaciones innecesarias, y en segundo lugar, atendiendo a criterios de *idoneidad* de tal modo que se busque para el puesto vacante al funcionario más capacitado, por sus conocimientos y experiencia, para su más acertado desempeño, mirando así el *interés del servicio*, que es el aspecto finalista de la actividad administrativa de provisión de medios personales; de tal suerte que el control de la desviación de poder habrá de atender a ambos aspectos y su incidencia en este caso, para sentar conclusiones acertadas, velando paralelamente por el mantenimiento de un principio esencial que vertebra la función pública, consagrado por el artículo 103, apartado 3 de la Constitución al decir que se regulará por la Ley «el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de *mérito y capacidad*», exigencia ésta no limitada al aspecto del procedimiento selectivo para el ingreso sino que, si se quiere hacer operante el principio, ha de mantenerse a lo largo de la relación de servicio para, precisamente, *estructurar con justicia la llamada «carrera administrativa» del funcionario público*».

De manera más expresiva aún se manifiesta la Sala Tercera del mismo Tribunal en Sentencia de 3 de octubre de 1983 confirmando otra de la Audiencia Territorial de Madrid de 4 de julio de 1983 en relación a la cobertura de un puesto de Director de la Escuela Nacional de Aeronáutica, al decir:

«...cuando las leyes aplicadas y disposiciones reguladoras de la designación de cargos públicos, a los que expresamente se remite el artículo 23-2 de la Constitución, requieren unos determinados títulos o situaciones administrativas lo hacen no para discriminar peyorativamente a los demás... sino para que sirva de garantía, objetiva y abstractamente considerado el destino a cubrir, de *una más selecta, eficiente y profesionalizada forma de servir el interés general*».

Y en términos generales de la necesidad de motivación en este punto concreto de la actividad administrativa, dos Sentencias del mismo Tribunal fijan contundentemente el principio que aquí es necesario dejar claro.

Una, la de 11 de febrero 1986, Sala Quinta, dictada con motivo de recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de la Sala de Sevilla de 7 octubre 1977 que estimaba recurso interpuesto contra Acuerdo del Ayuntamiento de La Algaba por extinción unilateral por «razones de servicio» de contrato de arrendamiento de servicios con profesional y nombrando el mismo día a otro aspirante para el mismo puesto por razones ajenas al interés público. Y se manifiesta así:

«...en cuanto a la falta de motivación digamos que no encaja en el artículo 43-a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, porque el recurrente carecía de derecho subjetivo alguno, al carecer del derecho a la inamovilidad, ello sin olvidar que pudiera entenderse como motivación escasa, pero suficiente, al fundar el acuerdo en necesidades del servicio; todo ello sin perjuicio de que la Sala estime que una decisión como la tomada, en aras de la buena fe que debe de prevalecer las relaciones entre Administración y administrado, debe ser *suficientemente motivada*».

Y la segunda, en la que la Sala Cuarta del Tribunal Central de fecha 3 de noviembre 1986 establece la manera en qué debe manifestarse el acto en cuanto a su contenido.

«La *objetividad* exigida a las actividades de la Administración Pública en el artículo 103-1 de la Constitución, proscribire de modo indirecto, pero lógicamente expresivo, ambigüedades y oscuridades semánticas en la emanación sintáctica del texto de los actos administrativos *que nunca pueden favorecer subjetivos criterios de interpretación y aplicación* y a los que de suyo resultan proclives los amplios márgenes que a través de defectos técnicos en cuanto a la debida univocidad y sentido, *conducen* por su propia índole a una *privación pragmática de la garantía de legalidad y posibilitan la arbitrariedad* prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución, deformando así, y aún destruyendo, la sistemática conexión de esos requisitos o presupuestos que, en el citado nivel constitucional se denotan como indispensables para que el acto alcance su finalidad o específica teleología, dirigida al interés público en respetar el derecho fundamental reconocido en el artículo 23-2 de la Constitución, impuesto por el artículo 53-1, y sometido, como requisitos inexcusables para alcanzar este fin, a los ya citados principios básicos para la materia contenidos en el artículo 103, apartados 1 y 3, de la Constitución Española».

De manera más concreta, la Sentencia dictada por la Sala Cuarta de la Audiencia Territorial de Madrid de fecha 19 de julio 1986 en el recurso interpuesto por la Asociación Profesional de Inspectores de Finanzas contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda que anunció convocatoria para proveer puestos de trabajo por el sistema de libre designación, en su Fundamento de Derecho décimo, fija:

«...que la resolución recurrida... viola el derecho fundamental consagrado en el artículo 14 de la Constitución, que, como con acierto se razona en el escrito alegatorio de la demanda, no se trata de una violación que sea fácil de detectar, por la actuación invisible en el quebramiento de los derechos subjetivos. No cabe duda que la clasificación de los puestos de trabajo es la base sobre la que se pretende articular la carrera administrativa en la moderna Ley de Reforma de la Función Pública... y precisamente con la finalidad de asegurar el recto y adecuado ejercicio de la discrecionalidad administrativa y como presupuesto previo de la provisión de puestos de trabajo, la promoción profesional y la propia carrera administrativa. Ello encuentra además desarrollo en el propio Reglamento General de Provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración del Estado, ... y así la clasificación de puesto de trabajo juega por ello un papel decisivo, tanto desde el punto de vista de la eficacia de la Administración, como desde la propia perspectiva de las propias garantías del funcionario. Ante tales destacadísimas razones el artículo 15-3 de la Ley obliga a hacer públicas las relaciones de puestos de trabajo, pues con ello el propio funcionario y el aspirante conocen todo lo referente al puesto pretendido, y pueden combatir, en su caso, la definición, su régimen económico o el sistema de cobertura, si, por el contrario, si la relación no se hace pública, toda la cobertura de puestos se falsea. La Orden combatida no ha elaborado y publicado la pertinente relación, no obstante poner en marcha el proceso de cobertura y ello la hace vulnerar las normas de objetividad de provisión de tales puestos, mucho más cuando tal convocatoria incluye 112 puestos de Inspección de un total de 123 y hace de la excepción, libre designación, el sistema general frente al normal de provisión mediante concurso...».

Es necesario pues relacionar el sustancioso contenido de esta Sentencia con lo ya indicado anteriormente sobre dependencia legal existente entre la provisión de estos puestos de libre designación y la deseada pero no producida clasificación o relación, según la terminología de cada texto, de puestos de trabajo que la legislación imponía aunque aplazaba. La primera relación de puestos de trabajo que aparece publicada, lo que fue por Orden del Ministerio de la Presidencia de fecha 14 abril 1986 y correspondía a la Secretaría y Oficina del Presidente y Vicepresidente del Gobierno, Jefatura

de Protocolo del Estado, Jefatura de Seguridad de la Presidencia del Gobierno, Jefatura de Medios Operativos de la Presidencia del Gobierno y Ministerio de la Presidencia, sobre la que después volveremos.

A modo de primera conclusión y sobre la abundante jurisprudencia que existe, hemos de señalar que los puntos claves en el sistema de provisión que analizamos están en considerarlo *excepcional* frente al normal por concurso y en el que se tendrá en cuenta únicamente los méritos exigidos en la convocatoria. El artículo 20-1 a) de la Ley 30/1984 considera como méritos preferentes: la valoración del trabajo desarrollado en los anteriores puestos ocupados, los cursos de promoción y perfeccionamientos superados en las Escuelas de Administración Pública, las titulaciones académicas, en su caso, y la antigüedad. Reglamentariamente ha sido desarrollado este sistema en el Capítulo II del citado Decreto 2.617/1985.

Ha de considerarse también como una *excepcionalidad motivada* por aplicación, entre otros, del principio de legalidad y sobre el que la Administración actúa su reconocida potestad discrecional sometida al control jurisdiccional.

Sobre los puestos sujetos a este sistema de provisión, la legislación vigente sólo señala su determinación en la relación de puestos de trabajo, artículo 20-1-b) de la Ley 30/1984, como ya queda dicho. Establece la necesidad de su convocatoria en los Diarios Oficiales y en ella deberá indicarse la denominación, nivel y localización del puesto, así como los requisitos mínimos exigidos a los funcionarios que aspiren a desempeñarlos.

El artículo 3-3 del reiterado Reglamento de provisión matiza la condición de estos puestos en la «naturaleza de su contenido». La propia norma, como hemos apuntado, se va acercando a la delimitación de ese contenido. Aunque más bien hay que calificarlo, como señala el artículo 23-2 del Reglamento, de «características y requisitos»; no son rasgos cualitativos los que expresa la norma sino absolutamente cuantitativos y formales. Recordemos los ya indicados, aunque contradictorios, de la Disposición Transitoria undécima del Decreto 2.617/1985 y en el apartado octavo de la Orden de 15 de enero 1986.

En la Resolución de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas de fecha 17 de enero 1986, por la que se aprueba el modelo de relaciones de puestos de trabajo reservados a funcionarios públicos al servicio de la Administración del Estado, en la norma cuarta, intuimos que la

exigencia de «la documentación justificativa de las propuestas de aplicación del procedimiento de libre designación con convocatoria pública», quiere referirse a una motivación de la propuesta en base a criterios no solo legales sino también de contenido sustancial.

Se fundamenta por tanto la libre designación en requisitos de confianza mutua entre el superior y el inferior, aunque limitada a los niveles más altos de la jerarquía administrativa, es decir, allí donde se comparte auténticas responsabilidades de gobierno y con una relación permanente y cotidiana. Aunque debemos sumar ya el hecho de que debía fundamentarse en razones técnicas de preparación, capacidad y competencia profesional.

Debe excluirse por tanto de esta situación la relación entre titulares de puestos de trabajo que queden distantes entre sí en la jerarquía administrativa o aquellos sometidos a un vínculo de naturaleza política.

Y en buena lógica, no puede extenderse la libre designación a la totalidad de la estructura administrativa ya que ello supondría, como ha supuesto hasta ahora que la excepción sea la regla y que el fomento de la carrera administrativa como deber de la Administración y derecho del funcionario, sencillamente no exista¹.

Destacamos en este punto la Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de fecha 3 de abril 1984 que resuelve recurso contencioso-administrativo contra resolución del Departamento de Agricultura del Go-

1 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R. *La Ley de Medidas de la Función Pública: su incidencia en la estructuración del personal de las Comunidades Autónomas*. En «Jornadas de Estudios sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico». Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati 1986, página 37. «La realidad demuestra que la libre designación es la regla y el concurso la excepción... lo que en el orden práctico (es decir, en el terreno de la nómina mensual) equivale al todo o la nada». Asimismo en el libro: *tres días en torno a la reforma de la función pública*. Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1981. Página 154 y siguientes. En las Jornadas sobre el tema, organizadas por FETAP-UGT y celebradas en Madrid, marzo-abril 1981, señalaba: «La libre designación, que parecía configurarse como un sistema excepcional de provisión de vacantes, ha cobrado en la práctica una importancia excepcional, ya que a los numerosos puestos de carácter administrativo reservados para nombramientos políticos han venido a sumarse la casi totalidad de los que suponían una pequeña parcela de poder administrativo, si bien se hace preciso reconocer que las más de las veces no han sido criterios políticos los que han predominado, sino más bien relaciones personales u otros mil factores aleatorios, ya que no ha existido ningún baremo objetivo sobre el que las designaciones se realizarán».

Gobierno Vasco sobre concurso de provisión de puestos de trabajo para funcionarios del Servicio de Extensión Agraria, y señala:

«Que habiendo quedado plenamente acreditada la infracción de normas básicas de la provisión de puestos de trabajo en la función pública —más concretamente el principio de excepcionalidad— con la promulgación de la Orden aquí impugnada, que además está en abierta oposición con principios fundamentales de igualdad y seguridad jurídica consagrados en la Constitución, es procedente concluir que tal norma no es ajustada a Derecho...».

«...que para lo que llama «puestos de escala» o de provisión normal se anuncian 17 vacantes, mientras que son 23 las que se convocan para cubrir por el sistema de libre designación con lo que se pone de manifiesto que la excepcionalidad de tal sistema se convierte en la norma general y se conculca con ello la normativa básica que anteriormente la quedado expuesta...».

Asimismo la ya citada de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 30 noviembre 1981, que considera:

«...y es que en efecto el artículo 2 del citado Decreto 1106/1966... contempla dicho sistema de provisión como excepcional, contrefnido a los puestos de trabajo expresamente calificados como tales... o bien aquellos que, por sus especiales circunstancias, sean calificados expresamente... y como nada de esto consta, ni es presumible que en la organización burocrática, una Jefatura de Negociado como la discutida revista singulares dificultades que exijan cualificación especial para proveerla apartándose de la regla general o sistema de provisión por concurso... la provisión por aquel sistema de libre designación sería antijurídica y anulable; por ello se ha de concluir que, en rigor, se trata de puesto de trabajo de provisión normal, a través de concurso de méritos...».

Y por último en este punto la Sentencia del Tribunal Constitucional número 32/1985, de 6 de marzo, Sala Segunda, dictada en Recurso de Amparo número 573/1983, contra acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de La Guardia, confirmado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que dispone:

«Si ninguna otra norma lo impide, ...no hay discriminación ideológica en el hecho de que, al proveer cargos públicos de naturaleza política (no, naturalmente, al resolver sobre el acceso a la Función Pública o en la provisión de cargos reservados a los funcionarios públicos, en donde, por mandato constitucional —artículo 103-3— sólo cabe atender a las condiciones de mérito y capacidad), se dé preferencia a los correligionarios...».

Es obligado en este punto señalar, aunque de forma breve, la existencia de un tercer sistema de provisión de puestos de trabajo que debe estar muy alejado de los antes citados, pero con los que frecuentemente se confunden, sino en la teoría jurídica, si en la realidad práctica. Se trata de los puestos reservados a personal eventual.

De una parte, la Ley 30/1984 lo integra en el mismo artículo 20 de provisión de puestos de trabajo, párrafo segundo, y su designación, dice, tendrá lugar por libre nombramiento de la autoridad correspondiente. Sus funciones son aquellas expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial; siendo su cese automático cuando se produzca el de aquel que lo nombró.

Por supuesto, no exige la referida norma, la publicidad ni su convocatoria para la designación pero, como se ha indicado, los reglamentos vigentes hasta la fecha en materia de personal preveían la posibilidad de que los puestos de funcionarios reservados al sistema de libre designación pudieran cubrirse sin convocatoria pública. Así, el artículo 3-2 del Decreto 1.106/1966 al regular la provisión de puestos de trabajo de libre designación, disponía:

«...podrá efectuarse directamente o si lo estima conveniente, anunciando dichos puestos en el «Boletín Oficial del Estado»...».

El Decreto 2.043/1971, no se expresaba tan claramente pero tampoco establecía su publicidad. El artículo 14 señalaba:

«La facultad de proveer los puestos de trabajo previamente calificados como de libre designación corresponde al Director o Presidente del Organismo...».

Tales circunstancias evidentemente provocaron su confusión de trato y la pretensión de tratamiento idénticos.

La gran diferencia ha de estar en la idea de profesionalización de la Administración y de consolidación de la carrera administrativa de aquel que la sirve².

2 JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Selección, formación y carrera administrativa en la Función Pública Vasca*. «Documentación Administrativa», número 204. Abril junio, 1985. Página 51. «La facultad de decidir hasta donde llega la carrera funcionarial y donde empieza el nivel político en la estructura, aparte de ser uno de los temas más vidriosos y de más difícil concreción práctica, supone un factor de innegable importancia estructural que incide tanto sobre la selección, como sobre la formación y carrera».

Y aún en este supuesto hay que señalar que la libertad de la Administración a la hora de designar no es absoluta sino que ha de fundamentar su decisión, cuando menos, en los principios que inspiran la legalidad así como en la naturaleza de las tareas que por ella se le encomienda³.

Es suficientemente expresiva en tal sentido la Sentencia ya citada de 3 octubre 1983 cuando dice:

«Pero es el caso que precisamente la Constitución, en el precepto invocado más representativo, es decir, el 23-2 de dicha Carta Magna —puesto que el artículo 14 es de amplio espectro por su generalidad— nos reenvía a la norma ordinaria para la determinación de la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, en cuyo condicionamiento radica obviamente *la garantía del mejor servicio y prestaciones en pro del interés común*, que es definitiva el espíritu inmanente que informa la suprema Ley...».

Es decir, no existe concurrencia a la hora de elegir y designar, no se obliga por ello al seleccionado a acreditar su capacidad y mérito, no implica su actividad el ejercicio de una profesión, pero tanto la autoridad que nombra como la persona nombrada han de servir al interés general que la Administración cumple por imperativo legal. Hay o debe haber un motivo en la elección, aunque no se constate, coherente con las especiales características del puesto, y por tanto, ha de existir también un fundamento en el cese aunque no se evidencie.

3 Informe remitido por la Diputación General a las Cortes de Aragón, sobre los problemas que plantea la organización y funcionamiento de la Administración de la Comunidad Autónoma y propuesta de directrices de actuación, Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, número 56, Año III, Legislatura I, 27 de febrero de 1985, pág. 926. Al referirse al papel de los Gabinetes de los Consejeros, dice: «En cuanto a su composición, la solución más aconsejable es que estén integrados por personas que además de una lógica afinidad o confianza con el respectivo Consejero, sean auténticos expertos en las materias propias de la competencia del órgano político al que asesoran».

GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*. Civitas 1980, pág. 299. Con respecto al artículo 23-2 de la norma fundamental, señala: «Las oposiciones son un procedimiento (no el único) para demostrar el mérito y la capacidad; por eso, para desempeñar cargos públicos de carácter político sería absurdo; pero hay que entender, incluso desde el punto de vista ético, que se debe designar, a los titulares de cargos públicos también en función del mérito y la capacidad, aunque dentro de la confianza política. La absoluta discrecionalidad conduce al nepotismo (familiar o político).

Libre designación y carrera administrativa.

La carrera administrativa consiste en la promoción y ascenso del funcionario de un puesto de trabajo a otro de mayor Nivel o de un Grupo a otro superior de los recogidos en la vigente legislación. Los puestos de trabajo adscritos a funcionarios se clasifican en 30 Niveles, se cubrirán por concurso de méritos o mediante el sistema de libre designación. La Administración Pública fomentará la carrera administrativa del funcionario a través de los adecuados cursos de perfeccionamiento.

Todos ellos son criterios expresamente recogidos o implícitamente deducidos de la normativa en materia de función pública. Por tanto, de inmediato, es decisivo que en esa carrera gradual no se produzcan retrocesos injustificados que introduzcan en la perspectiva profesional del funcionario un factor de incertidumbre que podría redundar en perturbaciones del servicio o comprometer la imparcialidad de aquél⁴.

La garantía del nivel alcanzado debe ser, por consiguiente, un objetivo de la política de personal, como así lo establece la Ley 30/1984, aunque si bien no debe extenderse como inamovilidad absoluta en el puesto de trabajo concreto⁵.

4 Informe remitido por la Diputación General a las Cortes de Aragón... Cit. pág. 943.

5 JIMÉNEZ ABAD, Manuel. *Consideraciones en torno a la reforma de la Función Pública española en el Estado de las Autonomías*. En «Jornadas sobre la Función Pública de las Comunidades Autónomas», celebradas en Valencia. 1983. Servicio de Publicaciones de la Generalitat Valenciana. Págs. 201 y sigs.

Señala: «El sistema que ha de articularse para el ascenso de categoría deberá basarse, fundamentalmente, en los méritos y sólo en una mínima proporción en la antigüedad. Naturalmente, una de las claves será el encontrar un sistema adecuado de valoración del mérito. A este respecto la aplicación de las técnicas de valoración permanente del trabajo del funcionario y evaluación de su curriculum en función del puesto concreto que haya de proveerse, será quizá el camino adecuado para obtener resultados positivos».

RAMÍREZ CARDÚS, Juan María. En «Jornada de Estudios sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico». IVAP, pág. 71 y sigs. Al exponer sobre el mismo tema que nos ocupa, y respecto a la posibilidad de remoción del puesto ocupado por concurso, indica: «Tener en un momento determinado unos méritos superiores a otra persona indica, a nuestro juicio, únicamente una aptitud inicial para desempeñar un puesto, aptitud de mando que después puede confirmarse o resultar fallida y de no poderse proceder en el segundo caso a la remoción puede causar graves daños a la organización. En este segundo caso se prevé la existencia de un expediente no disciplinario por el que a propuesta del jefe inmediato y debidamente justificado, se propone a la autoridad superior la remoción, informe del que debe darse cuenta al interesado el cual podrá hacer las alegaciones que estime oportunas».

Dentro de este marco, entender o aplicar la libre designación o su contrario la libre remoción sin límites, sin apoyo en un fundamento jurídico, supone la quiebra de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico, entendido como unidad y llevar a la aplicación práctica resultados no queridos por el mismo.

¿Qué efectos produce un cese libre en el proceso de, o antes de, consolidación del grado por parte del funcionario y en qué medida influye en el servicio público la rebaja en dos niveles sobre el grado ya garantizado? O por el contrario, ¿debe entenderse que la carrera administrativa llega tan solo a los niveles alcanzables a través del sistema de concurso?

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Santa Cruz de Tenerife en Sentencia número 130/1985, de 6 de julio del mismo año, anula «por disconformidad al ordenamiento jurídico» un Decreto del Gobierno Autónomo que regula el nombramiento de Directores Territoriales por reservarlo a personas «idóneas» y no tener en cuenta la preferencia de titulación superior y la condición de funcionario. Y en tal sentido se expresa:

«Pues bien el precepto que aquí se cuestiona vulnera en primer término el principio de capacidad que se desprende de la normativa del Estado y que pretende el acceso a los cargos públicos de las personas más capacitadas técnicamente, que están representados, precisamente, por los poseedores de los mejores títulos académicos, principio, además, recogido en el artículo 103-3 de la Constitución... Por otra parte, se infringe el principio de dar acceso a los puestos de responsabilidad a los funcionarios de carrera con preferencia a cualquier otra persona...».

Así mismo la Sentencia ya citada de la Audiencia Territorial de Madrid de fecha 19 de julio de 1986, siguiendo el principio de respecto al ordenamiento jurídico que le inspira, en su octavo fundamento jurídico, señala:

«La vinculación que el artículo 9-1 de la Constitución Española impone a todos los poderes públicos... no se limita tan solo a exigir el respeto de los derechos fundamentales de la persona, entre los que, indudablemente, se encuentra el derecho de igualdad... sino que también debe observarse, con igual escrupulosidad los valores superiores del ordenamiento jurídico, reconocidos en el artículo 1-1 de su texto, en concreto, la libertad, la igualdad, la justicia y *el pluralismo político*, que reciben su operatividad dinámica concreta en los compromisos encerrados en los números 2 y 3 del artículo 9... Este compromiso en el ámbito propio de la pro-

ducción normativa, obliga también al legislador a respetar la intrínseca racionalidad de sus proposiciones jurídicas, las cuales, al sentar criterios de tratamiento desigual, para no caer en la arbitrariedad han de fundarse en razones objetivas, debiendo entenderse por tales todas aquellas soluciones que siendo múltiples y variadas en su concreta formulación, sean a la vez coherentes con la lógica y el razonamiento jurídico, así como con los valores primarios de la Constitución —como el principio de igualdad— y con los derechos fundamentales de la persona, como recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1985».

Los puestos de trabajo funcionariales y previamente calificados como a proveer por libre designación se integran en la carrera administrativa y se cubren bajo los principios inspiradores del ordenamiento jurídico, entre ellos la capacidad y el mérito. No son criterios válidos la idoneidad subjetivamente considerada, ni la adecuación por amistad o identidad política, sino que la elección viene «impuesta en razón de la capacidad técnica» adecuada «a la naturaleza propia de las tareas a realizar y se establezca con carácter general, esto es, en referencia directa a la posesión determinados conocimientos o determinada titulación acreditativa de estos...» Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1981 (Pleno), recurso de inconstitucionalidad número 221/1981.

«El cumplimiento de los principios constitucionales de mérito y capacidad (artículo 103-3) determina la configuración de las Bases en función biunívoca de ambas variables reciprocamente estructurada por la finalidad o interés público en satisfacer con la máxima eficacia (artículo 103-1 de la Constitución) las concretas necesidades que en términos de servicio público configuran la plaza o puesto de trabajo a cubrir con efecto constitutivo de relación funcional. Los méritos, en cuanto factor predefinido, configuran presunción de capacidad de suyo objetiva». Sentencia citada de 3 de noviembre de 1986.

Como aplicación práctica en la normativa jurídica de tales principios, que nadie duda pero muchos se cuestionan en la instrumentación concreta, el Decreto 2.617/1985 en su artículo 6-1, al regular la comisión de servicio, sistema aún más excepcional en la cobertura de puestos de trabajo vacantes, establece que procederá cubrirlo «con otro funcionario capacitado para su desempeño en razón de su grado personal».

Expresa todo ello algo que la Sentencia de 23 de junio de 1986 de la Sala Sexta del Tribunal Supremo recoge en los siguientes términos:

«... Finalmente resulta necesario recordar otra vez que la Constitución ha de ser entendida como el conjunto de principios esenciales por los que el resto del ordenamiento jurídico ha de discurrir, con incondicionado sometimiento a aquellos pero no en una apreciación unilateral y fraccionada de cada uno de sus preceptos, sino como un orden, es decir como un centro armónico y equilibrado de principios entre los cuales aparece el de que los ciudadanos acceden a la función pública por virtud de criterios de mérito y capacidad (conforme a los procedimientos legales establecidos en cada caso), mandato muy importante porque su vulneración supone o puede suponer un atentado a la propia sociedad y al resto de los ciudadanos que esperan alcanzar dichos puestos por los caminos legalmente establecidos»⁶.

Los ciudadanos, dice el artículo 23-2 de la Constitución Española, tiene derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, «con los requisitos que señalan las leyes».

Recordamos en este punto entre otros, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional número 32/1985, de 6 de marzo, recurso de amparo número 573/1983, en el sentido de que «el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas implica también, necesariamente, el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la Ley»; y la ya citada del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1981 con idéntico contenido aunque los supuestos de hecho eran distintos⁷.

Pues bien, dicho ésto parecería innecesario indicar hoy que otro de los

6 JIMÉNEZ ABAD, M. *Consideraciones en torno a...* Pág. 214. «Téngase en cuenta también que la libre designación entre funcionarios implica que la autoridad proponente tiene libertad para elegir un determinado colaborador, pero esta elección al operar entre funcionarios, debe realizarse no a través de criterios políticos sino valorando la cualificación profesional del funcionario elegido. Este matiz, muchas veces incomprendido, es importante que se tenga en cuenta para que la libre designación no se convierta en una permanente invitación a la politización del funcionario elegido».

MOREY JUAN, Andrés. *La carrera administrativa*. «Cuadernos Económicos ICE» número 13. Madrid 1980. Pág. 131. Afirma que la libre designación ha politizado la provisión de puestos de trabajo, y así los «fieles» políticos del partido del Gobierno o partidos dominantes en el mismo, serán los elegidos, o cuando menos los no infieles como mal menor.

7 JIMÉNEZ ASENSIO, R. «*Selección, formación y carrera administrativa...*» Cit. Pág. 65. «Así pues, la promoción profesional del funcionario debe entenderse que está impregnada por la aplicación del principio de igualdad. De tal modo que cualquier medida discriminatoria o atentatoria contra ese derecho fundamental, podría ser invocada ante los Tribunales, además con todas las garantías que ofrece el procedimiento sumario y preferente que prevé el artículo 53-2 de la Constitución Española».

requisitos que señalan las leyes para cubrir puestos de trabajo vacantes en la Administración Pública es la *publicidad*. Y no solo en aplicación de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, sino también como un elemento clave en el logro de la promoción profesional del funcionario que asimismo la norma encomienda a la Administración.

Como ejemplo de especial contenido merece citarse la Sentencia del Alto Tribunal de 10 marzo de 1986, Sala Quinta, que conoce de recurso interpuesto por funcionarios de Correos y Telecomunicaciones contra resolución de la Dirección General del mismo nombre de 10 de septiembre de 1984, estableciendo normas para la provisión de puestos de trabajo en la Caja Postal, mediante libre designación «sin requisito del previo anuncio», y que es declarada nula de pleno derecho.

Su fundamento de derecho tercero es una muestra del necesario respeto al ordenamiento jurídico globalmente considerado. Recoge ocho apartados que contienen los «principios básicos» del mismo «en el ámbito de la Administración Pública en general» y que califica «...todos ellos de indiscutible aplicación en el caso de nombramientos de funcionarios...». En el punto g) dispone:

«Y el de necesidad para la provisión de puestos de trabajo adscritos a funcionarios de libre designación, de una convocatoria pública, que deberá anunciarse en los «Boletines» y «Diarios» Oficiales, por la autoridad competente para efectuar los nombramientos —artículo 20-1 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto...».

A semejante conclusión llega la Sala Cuarta del mismo Órgano en Sentencia de 6 octubre 1986 que conoce de recurso interpuesto contra Orden de 27 de abril de 1983 de la Generalidad de Cataluña, corroborando la anterior dictada por la Sala inferior de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 junio 1985.

«... al infigir tal requisito de publicidad de las bases de la convocatoria realizada por la Orden recurrida, debe anularse la misma...»

Y por último citamos, por su especial interés, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de octubre de 1983, del Pleno, en conflicto de competencia número 333/1982, promovido por el Gobierno Vasco respecto del Real Decreto 712/1982, 2 de abril, sobre procedimiento de ingreso en la función pública local. En su fundamento jurídico octavo, dice:

«... En cuanto a la publicidad es cierto que constituye requisito esencial de la convocatoria y que debe servir el objetivo de provocar la concurrencia y facilitar la divulgación...»

«... La publicidad es un elemento imprescindible de exteriorización de la convocatoria...»

Como manifestación última de la garantías jurídicas que la Constitución ofrece al ciudadano en defensa de los derecho frente a la actuación de la Administración, su artículo 9-3 «garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, por tanto, de la Administración, que aún en el ejercicio de una indiscutible potestad discrecional, ha de someter su actuación a los fines que la justifican y servir objetivamente los intereses generales (artículo 103-1 y 106-1 de la misma Constitución)...» Sentencia de 4 de julio de 1986.

Relación de puestos de trabajo y plantilla de personal.

Los artículos 15 y 16 de la Ley 30/1984 impone que tanto la Administración del Estado como las Comunidades Autónomas y la Administración Local formen sus respectivas relaciones de puestos de trabajo, como expresión ordenada del conjunto de puestos de trabajo caracterizados por pertenecer a una misma Unidad o Dependencia de la Administración, indicando, en todo caso, la denominación y características esenciales, las retribuciones complementarias que le correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño. Tales relaciones serán públicas.

Por Orden del Ministerio de la Presidencia de 15 de enero de 1986, se dictan las normas básicas que deben regir la elaboración de tales relaciones, así como su aprobación y permanente actualización. Fundamenta su importancia al manifestar en su exposición de motivos, que no se limita la Ley a atribuirle una mera función informativa sobre la estructura de la Función Pública sino que le constituye en instrumento fundamental para la renovación, racionalización y modernización de aquella, orientada a un mejor aprovechamiento de sus recursos humanos y, en consecuencia, mayor calidad en la prestación de sus servicios.

El Texto Articulado de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero 1964, en sus artículo 52 y 53 en relación con el 23 de la misma norma, regulaba las plantillas orgánicas partiendo de una clasificación de puestos de trabajo que debían realizarse de acuerdo con las bases que estableciera el Consejo de Ministros, aunque el propio texto le señala ciertas reglas.

Por Decreto número 865/1964, 9 abril, se aprueban basa bases para la formación de sus plantillas orgánicas y clasificación de puestos de trabajo y que era de aplicación a todos los Departamento civiles. Hecho que raramente se produjo.

No es nuestro interés entrar en su análisis en este momento, sino simplemente destacar la gran similitud entre ambas normas, Decreto y Orden, a pesar de los 26 años que se separan, salvando lógicamente las peculiaridades formales de los textos legales que le sirven de base, y analizar brevemente los contenidos propios relacionados con el tema que nos ocupa.

La relación de puestos incluirá, distinguiéndolo expresamente, los que correspondan a funcionarios, a personal laboral o a personal eventual. Tal relación servirá de base para formar la plantilla de personal, debidamente estructurada y serán las respectivas leyes presupuestarias las que les dote de los correspondientes créditos.

Según establece el artículo 4-4 del Real Decreto número 2.169/1984, 28 de noviembre, de atribución de competencias en materia de personal, corresponde al Ministro de la Presidencia, hoy de Administraciones Públicas, aprobar las relaciones de puestos de trabajo y acordar su publicación, a propuestas de los Ministerios correspondientes. En tal Orden se determinarán los requisitos exigidos para su desempeño y entre ellos la forma de provisión; estableciéndose el concurso como sistema normal y reservándose la libre designación para supuestos excepcionales debidamente justificados.

A partir por tanto de la aprobación y posterior publicación de las relaciones de puestos de trabajo, el funcionario dispone de la posibilidad de impugnación de tal disposición por contravenir lo establecido en el artículo 20-1 de la Ley 30/1984, y de forma más concreta en la norma 12 de la Orden citada de 15 de enero de 1986 o/y, en su caso, de recurrir la convocatoria si no se adapta a los requisitos fijados en la relación, ya que como señala la norma número 12 de esta Orden, los requisitos exigidos deberán ser rigurosamente observados. Asimismo, en ningún caso podrá convocarse la provisión por cualquiera de los procedimientos establecidos en el reiterado artículo 20, puestos de trabajo no incluidos en relaciones aprobadas o en trámite de aprobación.

No es tan tajante, sin embargo, el último párrafo de la misma norma

12 cuando para los puestos creados con posterioridad a la publicación de las relaciones, establece la prohibición de la cobertura del puesto hasta tanto no se disponga su inclusión, y no la prohibición de su convocatoria como en el supuesto anterior.

La aprobación y publicación por tanto de las relaciones de puestos de trabajo refuerza los sistemas de garantía del funcionario ya que presenta mejores expectativas en su carrera administrativa y establece a la vez criterios de igualdad y objetividad, tanto en su provisión como en su cese, de los que el anterior sistema carecía⁸.

Así lo señala la Sala Cuarta de la Audiencia Territorial de Madrid en la Sentencia ya citada de 19 de julio de 1986:

«La clasificación de puestos de trabajo constituye el sistema arbitrado por la Ley para llevar a cabo la reforma de carrera administrativa, que no se limita tan solo a la prevención de dicho instrumento, sino que lo acompaña de una larga serie de garantías encaminadas a que la clasificación de puestos de trabajo sea buena y correcta y ello culmina en la publicidad de la calificación, cuyo conjunto de garantías no se establecen por la normativa por puro capricho, sino que cumplen una finalidad esencial, cual es hacer efectiva la igualdad en el acceso a la función pública. El mérito y la capacidad son los dos únicos criterios de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas que garantizan la igualdad, por tratarse de puros criterios objetivos de diferenciación, debiendo interpretarse en sentido restrictivo el sistema de libre designación y no, como hace la resolución recurrida, al reservar el 95 o el 100% de los puestos...»

8 ALVÁREZ ALVÁREZ, Julián. *La carrera administrativa y la provisión de puestos de trabajo en el Proyecto de Ley por la que se aprueban las Bases del Régimen Estatutario de los Funcionarios públicos y en el Proyecto de Ley Orgánica de Administración del Proceso Autonómico*. En «I Jornadas sobre Administración Autonómica», celebradas en Zaragoza, enero 1986. Diputación General de Aragón. Pág. 15 y sigs. «Para poder asegurar el correcto sistema de provisión «normal» de los puestos de trabajo, es decir, el sistema de concurso, es necesario disponer de un catálogo, plantilla o relación en la que figuren perfectamente detallados todos los existentes en cada una de las Administraciones Públicas».

JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Selección, formación y carrera administrativa*. Cit. Pág. 85 y sigs. Al hablar de normas básicas relativas a la carrera administrativa debe tenerse presente la interrelación que existe entre clasificación de puestos de trabajo y carrera. Y dice: «Una correcta clasificación de puestos es presupuesto de primer orden para articular una verdadera carrera administrativa. Pero, la clasificación de puestos debe ser dinámica, esto es, adecuada a las constantes mutaciones administrativas. Una clasificación de puestos de carácter estático, si no es constantemente actualizada, pierde toda su virtualidad y hace quebrar todo el sistema de promoción profesional».

Como el mismo Ministro de Administraciones Públicas señala en su comparecencia ante la Comisión del Régimen de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados el día 14 de octubre de 1986, se ha aprobado relaciones de puestos de trabajo en dos Ministerios, Administraciones Públicas, e Industria y Energía por sendas Órdenes de 14 y 24 de Abril de 1986. Dato suficientemente expresivo⁹.

En Comunidades Autónomas se han publicado, entre otras, las aprobadas por los Gobiernos de Madrid, 2 de octubre de 1986, Cantabria, 15 de diciembre de 1986 y Andalucía, 17 de diciembre de 1986. La Comunidad Autónoma de Canarias ha hecho públicas varias relaciones correspondientes a ciertas Consejerías.

En la Administración del Estado la tarea se inició con la elaboración de los catálogos de puestos de trabajo y ahora debe verse completada con la confección de las relaciones de puestos de trabajo.

En un rápido análisis de las ya publicadas se observa que se cumplen los requisitos establecidos en la Orden de 15 de enero de 1986 en cuanto a los puestos que se determinan a proveer por concurso y libre designación. Se aplica no solo en los requisitos de nivel y condiciones del puesto sino también en el respeto a la excepcionalidad de la libre designación. Por ejemplo en una Unidad Administrativa como la Dirección General de la Función Pública, se relacionan 321 puestos de los cuales 271 se deben cubrir por el sistema normal de concurso y 50 por libre designación, afectando a puestos de especial confianza o de especial responsabilidad¹⁰.

9 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 17. III Legislatura. Año 1986. El Ministro, al hablar de la trayectoria profesional de los funcionarios públicos expone la siguiente sobre el tema: «*El horizonte de posibilidades de mejora*, tanto en el aspecto personal como en el retributivo, con que se enfrenta quien accede por primera vez a un puesto de trabajo, debe constituirse el mayor incentivo en su actividad profesional. Esto no otra cosa constituye la carrera, que representa un instrumento indispensable para la concesión de un rendimiento óptimo». Y sigue diciendo: «La carrera administrativa debe estructurarse con carácter fundamental en función de los puestos de trabajo, de forma que únicamente sea posible un ascenso con ocasión de vacante de un puesto de nivel superior. Por otra parte, no es posible estructurar una carrera administrativa partiendo de cero...».

10 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Julián. *La carrera administrativa y...* Cit. Pág. 25. Indica cómo el Proyecto de Ley que aprobaba las Bases del Régimen Estatutario de los Funcionarios, se objetivaba considerablemente en relación con el sistema anterior, y señalamos nosotros que también con el vigente, los criterios de provisión de puestos al delimitar claramente en el propio texto, los de libre designación a cubrir entre funcionarios públicos. Se incluía, entre otros los puestos de Directores Generales y asimilados, pero inmediatamente se evidenciaba una quiebra de esa objetividad al establecer la posibilidad de señalar otros con carácter excepcional.

Asímismo, algunas de las Leyes de Función Pública de Comunidades Autónomas, condicionaban en su articulado las futuras relaciones de puestos de trabajo, imponiendo que determinados puestos y sólo ellos sean calificados de libre designación. Por ejemplo, la Generalidad de Cataluña en su artículo 47 a), establece que los puestos de jefe de negociado, sección y servicio se proveerán por concurso; la Generalidad Valenciana y la de Extremadura circunscriben la libre designación a jefaturas de servicio o superior. El resto de las vigentes remite a las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.

Destacamos en este punto el contenido de la Ley de la Función Pública de Extremadura que en el apartado IV de su Exposición de Motivos señala:

«El Título V... estructura la formación de una Administración Pública organizada en base a puestos de trabajo... Este sistema conlleva un proceso continuado de clasificación y valoración de puestos que conduce a la formación de las plantillas de personal y, consecuentemente, implica una regulación de la carrera administrativa y de la movilidad funcional, sistemas de selección y formación, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional, etc.».

Y continúa:

«Este modelo de organización administrativa... permite una racionalización administrativa más acorde con la realidad actual tendente a lograr una mayor y mejor efectividad de los servicios, dada su flexibilidad y economicidad y sin que ello pueda dar lugar a actuaciones arbitrarias por su carácter reglado».

En su apartado V y sobre la clasificación de puestos de trabajo y los sistemas de provisión, dice:

«Por lo que respecta al acceso por *libre designación* se introduce unas limitaciones que funcionan como garantía de la pureza del sistema, *que si bien es discrecional no es arbitrario*. La primera de ellas supone el que ningún funcionario puede ser designado para un puesto de trabajo superior o inferior en más de dos niveles a su grado personal, salvo las limitaciones que se establecen, y la segunda que en una convocatoria no puede quedar vacante en puesto de trabajo si existe algún aspirante que reúna los requisitos exigidos».

El Pleno del Tribunal Constitucional en una reciente Sentencia de 11

de junio de 1987 dictada en recurso de inconstitucionalidad número 763/1984 promovido contra determinados preceptos de la Ley 30/1984, declara nulo el inciso último del artículo 15-1: «debiendo especificar aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos». ¿En qué medida afecta tal declaración de inconstitucionalidad a las relaciones de puestos de trabajo publicadas por la Administración del Estado?

El párrafo 1 del citado artículo 15 encomienda al Ministerio de la Presidencia determinar los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo y en todo caso, su denominación y características esenciales, las retribuciones complementarias que tengan asignadas y los requisitos exigidos para su desempeño, como queda dicho.

La estimación del recurso se debe al ámbito objetivo de la reserva de ley introducido por el artículo 103-3 de la Constitución, ya que corresponde solo a la ley la regulación del modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas. Cualquier determinación que excepcione el principio de que todos los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas deben ser desempeñados por funcionarios, ha de ser dispuesto por el legislador, «garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo pueden ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario».

Tal inciso final significaba, según el Tribunal Constitucional, un «apoderamiento indeterminado conferido al Ministerio de la Presidencia...» que «...entraña una patente conculcación de la reserva de ley establecida en el artículo 103-3 de la Constitución y, de este modo, una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto... condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración», circunstancia, dice la Sala, «ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones Públicas y de la propia Función Pública».

Apostilla el Tribunal su argumentación señalando que la mención que el precepto hace a «la naturaleza de su contenido» y que califica de «imprecisa referencia que no vincula efectivamente a la decisión administrativa», no cumple con «tal necesario encuadramiento legislativo».

De tal fómra, se ven realmente afectadas las relaciones de puestos publicadas, en los siguientes puntos:

—en aquellos que califica como eventuales y que siguiendo las instrucciones de la Orden de 15 de enero de 1986 y de la Resolución del día 17 del mismo mes y año, pueden desempeñarse indistintamente por personal eventual o funcionario.

—en aquellos puestos no incluidos en la relación que deben ser desempeñados por funcionarios y que la ley puede considerar como tales en atención a la naturaleza de su contenido o de acuerdos con los principios de mérito y capacidad que señala la propia Constitución, por ejemplo, los puestos de Directores Generales o asimilados.

—en aquellos otros que por disposición reglamentaria o mera resolución han sido calificados de naturaleza laboral habiendo sido siempre puestos reservados al personal funcionarios. «Pues no otra cosa se desprende de la opción genérica de la Constitución (artículos 103-3 y 149-1-18), en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos» dice la Sentencia, «que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellos», establece el último artículo citado.

Este supuesto se ha producido con mayor efecto cuantitativo y cualitativo en las Administraciones Autonómicas por la razón de que la disparidad de regímenes jurídicos que afluyeron como consecuencia de las transferencias, obligaba a una calificación de los puestos por mera organización, a veces, por armonización de funciones o por nuevos criterios de qué sean las funciones propias de un régimen funcional, laboral o eventual.

Este es el espíritu que se deduce de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 30/1984, recogido en la legislación autonómica, encomendando al Gobierno proceda a clasificar las funciones desempeñadas hasta ese momento por el personal contratado administrativo. La clasificación determinará los puestos a desempeñar por funcionarios públicos, por personal laboral y por personal en régimen laboral temporal. De ahí, señala el párrafo tercero del punto uno de la misma Disposición Transitoria, podrá deducirse la ampliación o disminución, en su caso, de las plantillas de funcionarios públicos o de personal laboral.

La libre remoción: Consecuencias jurídicas y económicas.

«Los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser cesados libremente». Así se expresa el apartado 6 del artículo 23 del reiterado Real Decreto 2617/1985.

El derogado Decreto 1.106/1966 en el artículo 4-1, con el mismo fin, señalaba: «Los funcionarios... podrán ser removidos libremente por la Autoridad que les designó».

Pero esta norma a continuación disponía algo sustancial que aquella no establece ahora y es que cuando tal remoción se producía el funcionario quedaba «a disposición» de la Presidencia del Gobierno si no era nombrado para otro puesto del mismo Ministerio y localidad, «que le dará opción para ocupar destino en la misma localidad en que servía dicho puesto o en la de procedencia».

El Decreto 2.043/1971 matizaba aún más la opción, señalando el plazo de un mes para ejercerla por parte del funcionario. Artículo 14-3.

Tal ausencia puede justificarse por el hecho de ser la propia Ley 30/1984 la que preveía la situación al analizar los sistemas de garantía de nivel del puesto de trabajo en su artículo 21-2. Sistema, desde luego confuso y que ya el Real Decreto de Provisión de puestos de trabajo modificó, con la intención de aclararlo.

La Ley garantiza el nivel del puesto de trabajo imponiendo que ningún funcionario podrá ser «designado» para un puesto de trabajo «inferior o superior» en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal¹¹.

Tal designación se ha querido interpretar como sinónimo de nombramiento, efecto de un proceso previo de participación en concurso y por tanto como un límite a la carrera administrativa que por méritos propios puede alcanzar el funcionario. Basta la lectura de alguna de las convocatorias publicadas, tanto para cubrir puestos por concurso como por libre designación.

Si esta fue la idea del legislador, que no creemos, el sentido de la promoción profesional fue muy restrictivo e infecundo.

La primera prueba en contrario es que el mismo Reglamento en su

11 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Julián. *Función Pública Comunitaria: Incidencia de la Ley de Medidas Urgentes y perspectivas de futuro*. En «I Jornadas Técnicas de Estudio de la Comunidad de Madrid». Diciembre, 1983. Consejería de la Presidencia. Pág. 57 y sigs. Manifiesta: «Se establece, por una parte mecanismos de garantía del nivel del puesto de trabajo de tal forma que ningún funcionario podrá ser designado para un puesto de trabajo ni inferior ni superior en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal, a la vez que se adoptan medidas para evitar que los funcionarios puedan quedar «a disposición» de los altos cargos sin ocupar puestos de trabajo concreto».

artículo 27 señala la «oportuna habilitación» para que el funcionario pueda acceder a puestos de trabajo incluidos en el cuarto superior del intervalo de niveles asignado a su Cuerpo o Escala... sin necesidad de poseer el grado personal exigido en el artículo anterior, el 26, que es «casi» transcripción del citado 21-2 de la Ley 30/1984.

En ésta una quiebra del sistema «hacia arriba», en la forma concebida. «Hacia abajo» aún no se ha hecho ninguna previsión, aunque también es carrera administrativa la posibilidad de que el funcionario preste sus servicios donde «más útil sea» a la Administración.

Pero la segunda prueba y la más evidente de que el término «designado» tiene que referirse a circunstancias extrañas al funcionario, como la supresión del puesto, la reestructuración de plantillas, la reordenación de efectivos o la propia remoción, está en el apartado c) del artículo 21 de la Ley o en el apartado cuarto del Decreto. Este, a nuestro criterio, es más afortunado. Desaparece la referencia al «apartado anterior» que precisamente era el de superior en más de dos niveles y se acentúa la idea de que el destino ha de ser en la misma localidad, o de que la designación no puede provocar traslado y se le vincula con el grado personal consolidado.

Al igual que los derogados Decretos, las normas que analizamos pone al funcionario «a disposición» de la autoridad, que le atribuirá el desempeño provisional de un puesto de inferior nivel siempre que corresponda a su Cuerpo o Escala, percibiendo «como mínimo», señala el Decreto, el complemento de destino correspondiente a un puesto inferior en dos niveles a su grado personal.

Pero y si el funcionario no ha consolidado aún su grado, en qué niveles de garantía se encuentra. No puede ser cambiado de localidad pero su situación económica puede verse gravemente afectada¹².

12 En la misma comparecencia del Ministro de Administraciones Públicas en el Congreso de los Diputados ya señalada, el Diputado Sr. Núñez Pérez por la Agrupación P.D.P., indica: «Voy a tratar de exponer los efectos que sobre la carrera administrativa y, por tanto, sobre los emolumentos de los funcionarios está teniendo la aplicación de la referida Ley... Hasta ahora se ha procedido a cubrir los puestos de trabajo con niveles superiores a los básicos de cada grupo mediante la libre designación... Como quiera que en tales circunstancias consolidan grado personal, nos encontramos con que el funcionario que el 1 de enero de 1985 fue nombrado por el sistema de libre designación para un puesto de nivel 30 procedente del 11, y hay muchísimos ejemplos, puede cesar el 1 de enero de 1987 consolidando el nivel 30 y con el

Sobre este marco jurídico que sin duda alguna ya establece límites a esa «libre» remoción, es necesario profundizar en las causas que motivan el cese como fundamento de la actuación.

Pueden servir las generales ya indicadas al analizar la facultad de libre designación, pero veamos ejemplos jurisprudenciales que de forma concreta se refieren al tema. La Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de fecha 6 de marzo de 1985, al conocer sobre remoción de un puesto de libre designación en Organismo Autónomo. Se invoca como fundamento del recurso, la falta de motivación al no especificarse las causas que determinaron el cese del recurrente, en contra de los previsto en el artículo 43-1 a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, conforme al cual, dice, «serán motivados los actos que limiten derechos subjetivos», y señala:

«...si bien es cierto que la resolución de la Consejería de Agricultura... no da explicación alguna sobre las causas que motivaban el cese del actor, en cuanto se limitaba a decretar el mismo «en uso de las facultades que me vienen atribuidas conforme a las citadas normas y demás concordantes»... no lo es menos que al ordenar la comunicación de la resolución al interesado, citaba el artículo 14-3 del Estatuto del Personal a fin de informarle... haciéndose una relación más detallada de la fundamentación jurídica en la resolución del recurso de reposición... por lo que no puede hablarse de falta de motivación y menos que tal vicio le haya producido indefensión...».

Argumenta a continuación la Sala:

«...sin embargo lo que ha de determinarse, siendo esta la cuestión fundamental del proceso, es si el actor fue nombrado en su día para ocupar un puesto clasificado como de «libre designación», en cuyo caso la Administración demandada... tenía una *facultad discrecional* para modificar su situación jurídica, o, por el contrario, era titular de un derecho subjetivo, que no podía ser modificado, de no concurrir causas legales que los justifiquen, y a través del oportuno procedimiento».

Las causas legales que justifican el cese lo da el Alto Tribunal al con-

derecho a que se le respete de por vida el mínimo nivel 28... Veamos la otra cara de la moneda. Un funcionario que durante toda su carrera administrativa haya ocupado puestos de alto nivel de responsabilidad con eficacia, puede haber pasado, durante el transcurso de estos dos últimos años, del nivel 30 al nivel 11, y hay muchísimos casos, también como consecuencia del cese discrecional».

firmar la Sentencia apelada de la Audiencia Territorial de Albacete de 7 de marzo de 1984, al señalar:

«Que... procede... por pérdida de la confianza que determinó su nombramiento, nombramiento que era de libre designación y remoción, apareciendo en autos unos requerimientos para justificación de cuentas y para que procediera a ingresar cantidades obtenidas por rentas de productos, así como los resultados de una Auditoría sobre la liquidación presupuestaria del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 1982, todo lo cual pone de manifiesto unos razonables motivos de falta de confianza invocada...».

La Sala de Albacete, tras determinar, que el puesto es de libre designación, se expresa:

«... ante esta realidad la aplicación del artículo 14 del Estatuto no puede cuestionarse, normativa de la que resulta claramente la posibilidad de remoción, ejercicio de una facultad discrecional, que, sin embargo, *no tiene un carácter absoluto*, como así lo indica el apartado 4-3 de la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional...».

La posibilidad de cese no es pues absolutamente libre sino apoyada en un presupuesto de hecho y sometida al fin que justifica el actuar administrativo, el interés público o el bien del servicio, y no otros móviles distintos, incurriendo con ello en una manifiesta desviación de poder. La potestad discrecional de la Administración no es un supuesto de libertad frente a la norma, no es una facultad extra-legal, y por tanto no puede conducir a la arbitrariedad incurriéndose en una evidente transgresión del ordenamiento jurídico.

De esta actuación ilegal de la Administración surge a favor del funcionario *un verdadero derecho subjetivo* que ejercita mediante la correspondiente protección judicial, que no será menor cualitativamente, cuando se trata de removerlo de un puesto «adquirido» por concurso que si lo fue por libre designación, la diferencia está en que en este caso se sustancia una estimación subjetiva de la Administración, dentro del marco de la legalidad.

En la vigente legislación el marco de la discrecionalidad se reduce, transformándose en una potestad reglada, al reconocerse por la propia Administración la consolidación del grado por parte del funcionario que

como señala la Sentencia que comentamos: «... no podía ser modificado, de no concurrir causas legales que los justifiquen y a través del oportuno procedimiento».

Así pues, el ejercicio de esta facultad de libre remoción está siempre sujeta a la legalidad, lo único que la estimación subjetiva de la Administración es menos reglada según que el servidor público se vaya aproximando en su carrera administrativa a los niveles más altos de la burocracia o se encuentre en el proceso de garantía de ese nivel sea cual fuese el puesto de libre designación que esté ocupando, dada la naturaleza de su contenido y siempre bajo el principio de mérito y capacidad y el prisma de un mejor servicio público.

Es de interés en este punto destacar la Sentencia ya citada de 11 de febrero de 1986, que declara:

«...la teoría de la desviación de poder se basa en que la Ley, de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa, tiene un fin determinado que cumplir, y si el acto en que se concreta su actuación no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley al desvincularse de su espíritu, por lo que faltará el obligado ligamen entre la idea de poder y la de fin de servicio y en consecuencia, el acto de la Administración, aún cuando tenga apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva...»

Y de manera aún más expresiva, señala:

«... que la desviación de poder supone que el acto administrativo, aún cuando pueda estar revestido de legalidad intrínseca, nació con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos que obligan a la Administración a proceder con moralidad, y no de un modo arbitrario con finalidad distinta de la determinada por el Ordenamiento jurídico».

Es abundantísima la jurisprudencia existente sobre esta materia, citamos a vía de ejemplo las Sentencias de 4 de abril de 1979 Sala Tercera; que examina las tres manifestaciones de una posible desviación de poder: máxima, mínima y formal o impropia; la de 30 de noviembre de 1981 citada, que analiza la reserva deliberada por parte de la Administración de una vacante y su inmediata adjudicación a un funcionario recién nombrado y

con «auténtica premura», lo que induce razonablemente a pensar que la demora no obedeció a justificación suficiente, sino a fines de designación de persona específica, no atendiendo al mejor interés de servicio; la Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 3 de abril de 1984, que constata, sobre el supuesto de hecho que conoce, el claro atentado contra los principios de igualdad y seguridad jurídica y considera la existencia de un acto ajustado a la «legalidad extrínseca» pero que no responde en su motivación interior a la finalidad de la actuación administrativa encaminada a la promoción de interés público y sujeta a ineludibles imperativos de moralidad. O por último la de 4 de abril de 1972 que la destaca como técnica de «constatación de la *real existencia o suficiencia* de los motivos o presupuestos de hecho que la Ley establece como legitimadores o condicionantes de un acto administrativo...».

Con la aplicación injustificada de tal potestad de «libre» remoción, el profesional se somete a una inseguridad jurídica y a la discriminación por «libre» voluntad del administrador irresponsable. ¿Qué fundamentos de derecho pueden darse en el cese de un funcionario que realiza una actividad idéntica a la de otro y es removido sólo él para nombrar también libremente a un tercero cuya menor capacitación, a veces, está constatada? ¿Se cumple el principio de igualdad?

De la misma manera que este principio, como el de capacidad y mérito, ha de respetarse en el acceso a la función pública y en su permanencia, debe cumplirse también en el proceso contrario que afecta jurídica y económicamente de forma grave al cesado.

«Sólo podrá aducirse el principio de igualdad cuando dándose los requisitos previos entre los sujetos afectados por la norma se produce un tratamiento diferenciado de los mismos, en razón de una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos». Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 11 de marzo de 1986.

O igualmente los criterios sentados en la Sentencia citada de 19 de julio de 1986 de la Territorial de Madrid que declara:

«Que en lo que respecta a la actuación de la Administración Pública en su peculiar esfera, no cabe duda que debe servir *con objetividad* los intereses generales y con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, artículo 103-1, y cuando con su

actuar arbitrario y desprovisto de toda razón y fundamento quebranta la regular actuación de la función pública regulada en la Ley y hace caso omiso de los principios de mérito y capacidad... no cabe duda que se ha producido una clara violación del principio de igualdad... por falta de un motivo razonable y objetivo para establecer un criterio claramente generador de discriminaciones... debiendo apreciarse la existencia de dicha justificación en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación de razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida».

Como un ejemplo más del respeto a este principio consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, entendido a sensu contrario, destacamos la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 1983 que declara nulo un reglamento que establecía que «el funcionario que fuese cesado en el desempeño de un puesto de libre designación, excepto cuando lo sea como consecuencia de expediente disciplinario o por haberse comprobado falta de idoneidad en el ejercicio del cargo o que le incapacite para el mismo, extremos estos que se acreditarán mediante la oportuna resolución motivada, tendrá derecho sin necesidad de participar en concurso de méritos a ocupar puestos de trabajo de ese grupo que se encuentren vacantes o que vacasen posteriormente». Y declara la Sala:

«... precepto, que... es evidente que consagra un privilegio con respecto a los demás funcionarios para los que sean removidos de puestos de libre designación, fuera de los casos previstos en su texto, ...y esto claramente vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución...».

Y por último se destaca por la claridad que recoge en este punto la Sentencia del Tribunal Central de fecha 16 de diciembre de 1983, Sala Cuarta, que declara:

«... el derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el derecho a permanecer en los mismos, porque de otro modo el derecho fundamental quedaría vacío de contenido; derecho a permanecer en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las Leyes, que será susceptible de amparo en la medida en que las leyes establezcan una causa de remoción que viole un derecho fundamental, diferente, dentro de los comprendidos en el ámbito de recurso, o que no se ajuste a las condiciones de igualdad que preceptúa el artículo 23.2...». En idénticos términos se expresa la Sentencia de la Sala Tercera de fecha 30 de septiembre de 1982.

Conclusiones.

PRIMERA.

La libre designación, sistema excepcional en la provisión de puestos de trabajo según la normativa vigente, ha sido hasta la fecha el sistema normalmente utilizado, a pesar de que los Tribunales en todos los asuntos que le han sido sometidos han apreciado su nulidad.

SEGUNDA.

Las Administraciones Públicas han actuado, no obstante, apoyándose en sendas Disposiciones Transitorias recogidas en las mismas normas y que han mantenido vigente durante más de veinte años la calificación dada a ciertos puestos como de libre designación, desde la Ley de Bases de 1918 y su Reglamento de 7 de septiembre del mismo año, vigente en su desarrollo hasta el 31 de diciembre de 1964, más otros que provisionalmente se califican como tales.

La condición suspensiva era: «Hasta tanto se efectúe la clasificación de puestos de trabajo», o actualmente: «Hasta tanto se aprueben las relaciones de puestos de trabajo».

TERCERA.

Es concluyente como así lo tiene recogido la Jurisprudencia, que la Administración ha de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; está sujeta a la Constitución y al Ordenamiento jurídico; la Constitución le impone que sirva con objetividad los intereses generales; y a los Tribunales le impone asimismo, que controlen la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Cuando las Administraciones Públicas convocan la provisión de puestos de trabajo, sea bajo el sistema de concurso o de libre designación, o resuelve sobre lo convocado, está sin ninguna duda sometida a tales principios constitucionales.

La discrecionalidad, facultad que ejerce en el supuesto de la libre designación, no ha sido jamás y menos puede serlo a partir de la Constitución, la posibilidad de decidir libérrimamente, sin atenerse a ninguna regla o criterio objetivo. Esto último es arbitrariedad y como también ha dejado

dicho el Tribunal Supremo, discrecionalidad y arbitrariedad entrañan conceptos antagónicos.

CUARTA.

¿A qué reglas o criterios objetivos ha de someterse la Administración cuando actúa en el ejercicio de sus facultades?

Concretando al supuesto que aquí nos ocupa, las Administraciones Públicas han de buscar en su actuar, el cumplimiento de un interés público y además sujetándose a las formas y procedimientos señalados por la Ley específicamente.

Tal fin se concreta atendiendo a criterios de idoneidad, de modo que busque para el puesto vacante al funcionario más capacitado, por sus conocimientos y experiencia, en aras al interés del servicio que es el objetivo último de la actividad administrativa en la provisión de medios personales.

Pero asimismo ha de velar por el cumplimiento de un fin esencial en la vertebración de la Función Pública y es que tanto en el acceso como a lo largo de la relación de servicio, el mérito y la capacidad estructuran con justicia la llamada carrera administrativa del funcionario público.

En suma, la Ley no habilita a las autoridades administrativas para llevar a efecto la adscripción a puestos concretos, de una onmimoda voluntad para realizarla a su libre arbitrio.

QUINTA.

La excepcionalidad ha de ser por tanto, motivada. La igualdad y la objetividad garantizan la legalidad y aseguran la profesionalización en el servicio público. Por el contrario, la aplicación de criterios subjetivos e interpretaciones confusas favorecen la arbitrariedad.

Como criterios más próximos, la libre designación se fundamenta en el vínculo de la relación que existe entre los puestos de más alto nivel de la jerarquía administrativa y el órgano político con quien comparte, sin duda, responsabilidades de gobierno; así como en la de aquellos otros que en una relación permanente y cotidiana, se fija un principio de confianza mutua. Aunque no por ello debe ser ajeno, razones técnicas de preparación, capacidad y competencia profesional.

SEXTA.

Los puestos que el funcionario ocupa a través de la libre designación constituyen igualmente su carrera administrativa. Y ésta como objetivo a fomentar por la propia Administración, se apoya en los principios constitucionales de mérito y capacidad, así como en el de publicidad, base de la igualdad y de la seguridad jurídica.

Por tanto, es decisivo que no se produzcan retrocesos injustificados que lleven a comprometer la imparcialidad del funcionario, a su politización o a situarlo en una permanente incertidumbre que podría redundar en perturbaciones del servicio.

SÉPTIMA.

Las relaciones de puestos de trabajo, expresión ordenada del conjunto de puestos que pertenecen a una misma Unidad Administrativa, constituye no sólo un instrumento fundamental en la modernización de la Función Pública, sino también un presupuesto necesario para articular una verdadera carrera administrativa.

Su aprobación y publicación supone para el funcionario un conjunto de garantías basadas en criterios de igualdad y objetividad y sometidas por tanto a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

OCTAVA.

El cese en el puesto de trabajo ocupado por un funcionario en base al sistema de la libre designación ha de venir apoyado jurídicamente en los mismos fundamentos que justificaron su nombramiento.

Es un acto administrativo el contenido de tal declaración, sometido al Ordenamiento jurídico y a la acción judicial y tiene como fin el cumplimiento del interés general, con objetividad e igualdad.

Es asimismo una manifestación de su potestad discrecional pero en modo alguno de carácter absoluto. Basta en este punto recorrer las numerosas Sentencias dictadas con reconocimiento de desviación de poder en sus múltiples formas.

NOVENA.

El margen de discrecionalidad se va reduciendo hoy por la legalidad vigente a medida que el funcionario con el paso del tiempo garantiza un nivel. El cese se da pero con consecuencias jurídicas y económicas distintas.

DÉCIMA.

Una aplicación injustificada de esa facultad de «libre» remoción, sitúa al profesional en altas cotas de inseguridad jurídica, puede anular y lo ha hecho, toda una carrera administrativa, su medio de vida, con graves pérdidas en su poder adquisitivo.

El principio de igualdad se ve afectado en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos.

UNDÉCIMA.

La Administración Pública no es «libre» en su actuar, al menos de forma absoluta, motiva sus decisiones fundamentadas en la Ley y en el Derecho y las somete a los Tribunales. Pero quizá falta la exigencia de una cuota de responsabilidad al administrador irresponsable.

Jurisprudencia comentada.**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

Pleno: 22 de diciembre de 1981.

25 octubre 1983.

11 junio 1987.

Sala 2.^a: 6 marzo 1985.

TRIBUNAL SUPREMO.

Sala 4.^a: 4 abril 1972.

Sala 3.^a: 4 abril 1979.

Sala 5.^a: 30 noviembre 1981.

Sala 3.^a: 30 septiembre 1982.

Sala 3.^a: 3 octubre 1983.

Sala 5.^a: 25 noviembre 1983.

Sala 4.^a: 16 diciembre 1983.

Sala 5.^a: 6 marzo 1985.

Sala 5.^a: 11 febrero 1986.

Sala 5.^a: 10 marzo 1986.

Sala 3.^a: 11 marzo 1986.

Sala 6.^a: 23 junio 1986.

Sala 3.^a: 4 julio 1986.

Sala 4.^a: 6 octubre 1986.

Sala 4.^a: 3 noviembre 1986.

AUDIENCIAS TERRITORIALES.

Albacete: 7 marzo 1984.

Bilbao: 3 abril 1984.

Santa Cruz de Tenerife: 6 julio 1985.

Madrid, Sala 4.^a: 19 julio 1986.