

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y PROVISIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS: PROBLEMÁTICA SECTORIAL

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ

SUMARIO: *I. Justificación de este trabajo. II. Procesos selectivos en el empleo público y audiencia de los interesados [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 28 de febrero de 2012], III. Relaciones de puestos de trabajo y provisión de los mismos por el sistema de libre designación [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 25 de enero de 2012].*

I. Justificación de este trabajo.

La selección y provisión de los empleados públicos es un tema capital para desentrañar el respeto de los valores constitucionales en el seno de la Administración pública, y sobre todo para lograr que la misma preste sus servicios a los ciudadanos con calidad.

Mucho se ha escrito sobre esta materia, pero existen menos referencias que expliciten sectorialmente los problemas que desentraña la jurisprudencia. Por este motivo, me decido a explicar el alcance de dos sentencias del Tribunal Supremo de España, con el

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

objetivo de profundizar en la trastienda de unas decisiones, que por afectar a todos los tribunales del país, tienen un alcance muy relevante.

La finalidad es servir de guía a los operadores jurídicos y facilitar su trabajo. El lector, tiene la última palabra.

II. Procesos selectivos en el empleo público y audiencia de los interesados [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 28 de febrero de 2012].

1. Antecedentes de hecho.

Mediante la Orden 1721/2006 de 4 de octubre, la Consejería de Administración Autonómica de Castilla y León, resuelve la selección para el acceso al cuerpo de titulados universitarios en el proceso de consolidación de empleo temporal y estabilidad del personal sanitario. El día 14 de agosto de 2007 se publicó por el tribunal calificador y de selección la relación de aspirantes que habían superado el proceso. Fue modificada en corrección de errores por resolución de 20 de agosto del mismo año. El día 14 de septiembre de 2007 se presentó por otros dos aspirantes, sendos recursos de alzada contra la lista de aprobados del proceso selectivo, alegando que se había concedido puntuación excesiva a unas aspirantes seleccionadas, entre ellas la recurrente. Mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2007 la Administración estimó los dos recursos de alzada presentados, dejando sin efecto en parte la resolución de 14 de agosto del tribunal calificador,

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

quedando fuera de la relación de las aspirantes seleccionadas la recurrente.

Con anterioridad a la estimación de los recursos de alzada meritosos, la Administración había llevado a cabo diversas actuaciones en la tramitación del expediente administrativo, dirigidas a verificar los hechos y los motivos aducidos por las participantes que ejercitaron el recurso de alzada. Entre ellas hay que destacar, que el órgano selectivo interesó nuevas certificaciones de servicios prestados a fin de contrastarlos con los iniciales, en virtud de lo previsto en la base séptima de la orden de convocatoria (méritos: servicios prestados), emitiendo los correspondientes informes y recabando nueva documentación, que fue unida al expediente, pero de la que nunca tuvo conocimiento la interesada. Es más, ésta se limitó a formular su contestación en base a la argumentación y términos que figuraban en los escritos presentados por las otras aspirantes. Contra la resolución administrativa que la excluyó de la lista de aprobados, presentó recurso contencioso-administrativo que fue estimado por la Sala de instancia, al entender que se había infringido lo dispuesto en el art. 112 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), causando indefensión a esta aspirante.

La parte dispositiva de la Sentencia nº 1042/11, de 5 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León establece:

«FALLAMOS

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

Que estimando el Recurso Contencioso-administrativo 885/2008 ejercitado por DOÑA [...] contra la Orden autonómica anteriormente expresada, debemos anular y anulamos la misma por ser disconforme con el ordenamiento jurídico; ordenando la retroacción de las actuaciones del recurso de alzada al trámite de traslado de los mismos a la expresada litigante, que se cumplimentará según lo expuesto en el fundamento jurídico 2º de la presente resolución.

Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales».

En el Fundamento de Derecho Segundo al que se hace alusión, se señala que:

«[...]. La actualmente demandante no tuvo oportunidad de conocer ese nuevo elemento de juicio, pues en el oficio de traslado anteriormente referido nada se dice sobre el mismo, ni se le ofrece la posibilidad real de examinar el expediente administrativo.

Estas consideraciones y a modo de conclusión permiten afirmar que la cumplimentación del expresado trámite fue defectuosa, pues la parte actualmente actora, al igual que la demandante del recurso 859/2008, por desconocer la existencia de documentos nuevos y la valoración a efectos del mérito de servicios prestados realizada por el órgano selectivo quedó privada del derecho de contradecir real festivamente los recursos de alzada ejercitados por otros participantes. Lo anterior constituye un supuesto de indefensión real que permite aplicar el artículo 63.2, in fine, de la Ley 30/1992.

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

Corolario de lo precedente será que existe base para aplicar los artículos 68.1.b), 70.2 y 71.1.a) de la LJCA, y por tanto la pretensión deducida en el presente litigio deberá tener una respuesta positiva».

Notificada dicha sentencia a las partes, la demandada presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue admitido por providencia de la Sala de instancia que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

El recurso de casación interpuesto por la representación de la Comunidad Autónoma de Castilla León se plantea al amparo de dos motivos. El primero, se fundamenta en el artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJ), por «infracción de las normas del ordenamiento jurídico, o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 112 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [...])».

El segundo motivo se plantea de «[...] conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, [...] (art. 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa)», contra la condena al pago de costas impuesta por la sentencia de instancia, por entender «[...] que concurre temeridad en la conducta de la parte demandada, lo que resulta si se atiende al grave defecto formal de tramitación en que ha incurrido».

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

2. Doctrina del tribunal y fallo.

2.1. Primer motivo casacional.

Respecto del primer motivo planteado, la Administración recurrente denuncia la incorrecta aplicación por el Tribunal de instancia del art. 112 de la LRJPAC, y para ello formula dos argumentos.

El primero señala «que si la recurrente no conoció los documentos obrantes en el expediente fue por causa sólo a ella imputable, puesto que el derecho de los interesados en un expediente para conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos, y obtener copias de los documentos contenidos en ellos, se contempla de forma expresa en el art. 35 de la Ley 30/1992, previa solicitud al respecto. En tal manera, sería culpa únicamente de la propia recurrente que ésta no hubiera tenido conocimiento de la documentación obrante en el expediente».

La doctrina que establece el Tribunal tiene presente el contenido literal de los siguientes preceptos, a saber:

- Artículo 105 de la Constitución Española de 1978: «La ley regulará: [...]».

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado».

- Artículo 35 LRJPAC: «*Derechos de los ciudadanos*. Los ciudadanos, en sus relaciones con las Adminis-

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

traciones Públicas, tienen los siguientes derechos: a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos. [...]».

- Artículo 112 LRJPAC: «*Audiencia de los interesados*. 1. Cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes.

No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho. [...].

2. Si hubiera otros interesados se les dará, en todo caso traslado del recurso para que en el plazo antes citado, aleguen cuanto estimen procedente.

3. El recurso, los informes y las propuestas no tienen el carácter de documentos nuevos a los efectos de este artículo. Tampoco lo tendrán los que los interesados hayan aportado al expediente antes de recaer la resolución impugnada».

En virtud de estos preceptos determina el Alto Tribunal respecto del primer razonamiento planteado por la recurrente en el primer motivo casacional, que «Es indudable, como la sentencia de instancia

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

advierde y reconocen las partes, que el art. 112 de la Ley 30/92 impone la obligación respecto al órgano administrativo actuante de poner de manifiesto a los interesados los nuevos hechos y documentos no recogidos en el expediente originario cuando hayan de tenerse en cuenta, cosa que no se produjo. Si la interesada ignoraba que por parte de la Administración se había decidido, en fase de resolución del recurso de alzada, requerir nuevas certificaciones a los centros hospitalarios, solicitando nuevos informes administrativos por su parte, de forma que aquella aspirante creía de buena fe, que el único material existente para resolver eran las alegaciones de las recurrentes en alzada, es evidente que solicitar unilateralmente la puesta de manifiesto del expediente carecía de sentido y suponía un acto de trámite que parecía inútil a todos los efectos; sin perjuicio de apreciar que la solicitud de puesta de manifiesto puede entenderse como un derecho del administrado, una posibilidad a utilizar si es necesaria y hace falta, pero no una carga u obligación procedimental, que destile efectos negativos en caso de inacción porque se cree que no hay hechos o datos nuevos, y que permita convalidar la realización de esenciales actuaciones administrativas, dentro de un expediente y de forma clandestina».

El Tribunal Supremo entiende que tampoco puede prosperar el segundo argumento que se plantea por la recurrente en casación, dentro de este primer motivo, según el cual no existe indefensión por parte de la interesada, puesto que estaba ya completo el expediente administrativo con las actuaciones del recurso de alzada cuando se le dio traslado para

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

alegaciones. De forma que si no se molestó en examinar el expediente, ni se preocupó en profundizar y conocer la documentación existente sólo a ella era reprochable. Pero tal razonamiento no prospera, «puesto que además de que el mandato recogido en los apartados 1º y 2º del repetido art. 112 de la Ley 30/92 no queda mitigado por estas apreciaciones, lo cierto es que la Administración dio traslado a la interesada, únicamente de la copia del recurso de alzada y según subraya acertadamente la sentencia de instancia, sin hacer referencia alguna a los nuevos documentos y actuaciones que se habían desarrollado, por lo que ocultando su existencia mostró una apariencia jurídica que llevó a la indefensión material de la recurrente, según exige nuestra doctrina».

Al no existir otros razonamientos impugnatorios por la Administración contra la sentencia de instancia dentro de este primer motivo, procede la desestimación del mismo.

2.2. Segundo motivo casacional.

La Administración impugna esta condena en costas por temeridad al entender que se ha infringido la normativa aplicable dada la insuficiente motivación aportada. Manifiesta que no concurre ninguno de los supuestos necesarios para poder apreciar la temeridad por su parte, teniendo en cuenta además que el ámbito respecto al cual se ha de apreciar es el de las actuaciones en el recurso contencioso-administrativo, y respecto a lo actuado en la previa vía administrativa.

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

Este segundo motivo también es desestimado en virtud de la abundante y reiterada jurisprudencia sobre el particular. Jurisprudencia que evidentemente, para la resolución de este caso, no se ve afectada por la nueva redacción dada al art. 139 LJ, por la modificación efectuada por el art. 3.11 de la Ley 37/2011, de 10 de octubre:

«1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, *salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.*

2. En las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. [...]».

2.3. Fallo.

En virtud de la desestimación de los dos motivos casacionales, el Tribunal Supremo procede a fallar que «no ha lugar al recurso de casación», condenando en costas a la parte recurrente.

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

3. Análisis y valoración de la sentencia.

El análisis de la sentencia, debe sustentarse en la validez de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para desestimar los motivos alegados.

3.1. Audiencia de los interesados (art. 112 LRJPAC).

El trámite de audiencia y la audiencia de los interesados son trámites fundamentales en todos los supuestos en los que pueda existir riesgo de indefensión de aquellos que ostenten la condición de interesados. Eso sí, debiendo conciliarse, el principio de seguridad jurídica y el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas.

Para la Administración pública, constituye una potestad reglada en los términos declarados en la LRJPAC. Desde el punto de vista del interesado, constituye una carga administrativa, pero que únicamente puede desconocer, si previamente la Administración cumple su cometido. Y este cometido es el que le corresponde, cuando ante un recurso administrativo, el órgano competente debe realizar todos los actos de instrucción necesarios para verificar el cumplimiento de los requisitos que concurran a tenor de las circunstancias del supuesto fáctico de que se trate. En principio, esta instrucción será mínima, pues lo habitual, es que a lo largo del procedimiento se hayan aportado hechos y datos que permiten adoptar la decisión con arreglo a derecho. Si esto no ha sido así, o es necesario aclarar o documentar adicionalmente algún hecho concreto, se deberá actuar en consecuencia.

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

Hay dos elementos fundamentales para valorar el acierto del pronunciamiento judicial que estoy analizando: en primer lugar, los supuestos específicos en los que procede la audiencia de los interesados; en segundo lugar, el informe que debe emitir el órgano que dictó el acto objeto del recurso (art. 114.2 LRJPAC).

El art. 112.1, que es de contenido análogo al art. 84.2 LRJPAC, tipifica como un supuesto concreto en el que hay que proceder a la realización de la audiencia a los interesados, todos aquellos casos en los que hubieran de tenerse en cuenta hechos nuevos o documentos no recogidos en el expediente originario. Tal y como determina el art. 112.3 «El recurso, los informes y las propuestas no tienen el carácter de documentos nuevos a los efectos de este artículo. Tampoco lo tendrán los que los interesados hayan aportado al expediente antes de recaer la resolución impugnada». No es que el órgano administrativo competente para resolver no haya de tener en cuenta tales documentos, sino que no tienen el carácter de documentos nuevos. Así ha venido siendo reiterado por la doctrina y por la jurisprudencia (STS de 15 de julio de 1990, Ar. 5305):

«La Administración demandada no causó indefensión alguna al actor por no haberle dado traslado antes de resolver el recurso de reposición, ya que el art. 117.2 de la LPA, a la sazón vigente, dispone que sólo debe darse traslado “cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario”, y aclara que “el escrito de recurso, los informes y las propuestas

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

no tienen el carácter de documentos nuevos a los efectos de este artículo”».

En fechas más recientes, la interpretación del Tribunal Supremo, sigue siendo la misma. Sirva como ejemplo, la STS de 29 de septiembre de 2005 (Ar. 6990), FD QUINTO:

«La falta de trámite de audiencia no es subsanable por la posibilidad de interposición de recursos jurisdiccionales. Como pone de manifiesto la sentencia que acabamos de citar en el anterior fundamento y, entre otras, la de esta Sección y Sala de 21 de mayo de 2002, en la que se dice que este defecto de procedimiento no puede subsanarse por la posibilidad de recursos administrativos o judiciales posteriores. Así en su Fundamento de Derecho Quinto sostiene: “a) El trámite de audiencia, al igual que el recurso administrativo, tiene como finalidad permitir al interesado hacer valer frente a la Administración las alegaciones y pruebas que puedan ser útiles para sus derechos sin necesidad de afrontar los gastos y gravámenes de un proceso jurisdiccional; y, por ello, la eventual posibilidad de acudir a este último proceso no dispensa a la Administración de su obligación de ofrecer y hacer efectivo aquel trámite”. Y añade: “b) El proceso jurisdiccional puede entablarse también con la exclusiva finalidad de denunciar esa omisión del trámite de audiencia y de reclamar que se declaren las consecuencias invalidantes que por ello puedan resultar procedentes para la actuación administrativa de que se trate. Por lo cual, el proceso jurisdiccional instado con esa sola finalidad no comporta la necesaria subsanación de la invalidez e indefensión que se haya producido en la

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

vía administrativa como consecuencia de la omisión del trámite de audiencia”. Finalmente, como excepción a esta regla general sostiene que: “c) La subsanación a través de la fase judicial de los vicios de indefensión que puedan haber existido en el procedimiento administrativo resulta procedente declararla cuando el interesado, en el proceso jurisdiccional que inicie para impugnar la actuación administrativa, hace caso omiso de esos vicios o defectos del procedimiento administrativo, plantea directamente ante el órgano judicial la cuestión de fondo que quería hacer valer en los trámites administrativos omitidos, y efectúa, en esa misma fase judicial, alegaciones y pruebas con la finalidad de que el tribunal se pronuncie sobre dicha cuestión de fondo”. Es decir, se admite como excepción que el interesado abandone la causa de nulidad durante el recurso jurisdiccional, centrándose en el fondo del asunto. La solución es coherente con la legislación vigente, pues el artículo 110.3 de la Ley 30/1992 dispone que los vicios de forma solo pueda alegarlos quien los haya padecido, esto es, el titular del derecho a alegarlos es quien los padece, no quien los provoca, que no puede sacar beneficio de ello. Por eso mismo, es posible que por economía procesal, el interesado que ha padecido dichos vicios le interese un pronunciamiento sobre el fondo y prescinda de hacer cuestión de tales defectos formales, por graves que sean.

En consecuencia, nos encontramos ante un defecto insubsanable por la mera existencia de recursos jurisdiccionales. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2004 ante la alegación de la Administración recurrida de que la

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

retroacción del procedimiento iría en contra del principio de economía procesal “en cuanto que, existiendo en las actuaciones documentación suficiente para valorar las irregularidades declaradas por la Administración y que el interesado ha tenido oportunidad reiterada de rebatirlas oponiendo lo que a su derecho conviniera, la retroacción de actuaciones en nada afectaría al acto administrativo de reintegro decretado por la Administración”, sostiene que el argumento parte de una petición de principio, pues anticipa una futura e hipotética decisión cuyo contenido no resulta predeterminado, sin que quepa excluir de modo absoluto que la propia Administración, subsanadas las deficiencias en que ha incurrido, llegue a conclusiones distintas de las que obtuvo al resolver un expediente defectuosamente tramitado».

Por todo ello, en el supuesto de omisión del trámite, es posible concluir que cuando concurren los requisitos que la ley establece, dará lugar a la nulidad de actuaciones si produce indefensión material y efectiva [SSTS: de 24 de abril de 2000 (Ar. 4901), 29 de mayo de 2000 (Ar. 6031), 28 de febrero de 2001 (Ar. 3161)].

De la exposición fáctica de la sentencia que estoy comentando, no se dilucida ante que órgano administrativo se presentó el recurso de alzada. Para un análisis completo de las circunstancias concurrentes, debo señalar que el art. 114 LRJPAC determina:

«1. Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 107.1, cuando no pongan fin a la vía

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó. A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que están adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos.

2. El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el competente para resolverlo.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al competente en el plazo de diez días, con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente. El titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de lo previsto en el párrafo anterior».

Con independencia de si el recurso se presentó directamente ante el órgano competente para resolver o no, el informe preceptivo que señala el art. 114.2 debe cumplimentarse. Si como señala el Fundamento de Derecho Primero, el «órgano selectivo interesa nuevas certificaciones de servicios prestados a fin de contrastarlas con las iniciales y a los efectos previstos en la base Séptima de la orden de convocatoria, emitiendo de seguidos informes a los expresados recursos (folios 4 a 23 del expediente administrativo), los cuales no fueron puestos en conocimiento de la recurrente [...]», concurren las circunstancias que señala la sentencia y este

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

comentario, para entender que el fallo de la sentencia es acertado.

3.2. Imposición de costas por temeridad (art. 139 LJ).

Dentro del género “gastos del proceso”, las costas integran una especie de los mismos. Su fundamento se sustenta en tres teorías, a saber: suponen una sanción pecuniaria para quien actúa de mala fe; se imponen al litigante que ha actuado de modo negligente, y operan como resarcimiento del perjuicio causado al contrario; se imponen al vencido en juicio por se causante de los gastos procesales. En nuestro país, este último criterio es el que ha tenido mayor predicamento.

Respecto de la imposición de costas por temeridad a tenor de lo dispuesto en el art. 139 LJ, la STS de 20 de marzo de 2007, determina: «[...] la apreciación de las razones conducentes a la imposición o no de las costas originadas por el litigio, entraña un juicio valorativo de la exclusiva incumbencia del órgano jurisdiccional de instancia, juicio que al no estar sometido a preceptos específicos o de doctrina legal, salvo en los supuestos de excepción expresamente previstos en la Ley, queda confiado al prudente arbitrio de dicho Tribunal y no es susceptible, por tanto, de ser impugnado en casación».

Entre los supuestos de conducta temeraria cabe destacar: supuestos en los que se sostiene una pretensión injusta a sabiendas, cuando se litiga en contra de una jurisprudencia reiterada sobre el objeto de la litis, cuando no se aportan nuevas

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

razones o argumentos que hagan viable un cambio jurisprudencial (STS de 1 de junio de 1990), o se actúa en contra de un claro y explícito texto legal (STS de 16 de junio de 1987 y de 13 de junio de 1988).

La conducta maliciosa, o “mala fe” no ha sido diferenciada con nitidez de la conducta temeraria, de forma que muchos supuestos son trasladables a ambos. No obstante, en este caso, se califica expresamente de este modo, en atención a los antecedentes preprocesales, a los efectos de apreciar una “actitud dolosa”.

En la presente sentencia, el pronunciamiento del Alto Tribunal es acertado, al entender que la actuación de la Administración puede ser calificada de temeraria, por cuanto la misma actúa en contra de un claro y explícito texto legal, suficientemente depurado por la jurisprudencia. El «prudente arbitrio» del Tribunal Supremo queda sólidamente fundamentado.

III. Relaciones de puestos de trabajo y provisión de los mismos por el sistema de libre designación [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 25 de enero de 2012].

1. Antecedentes de hecho.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección primera, con fecha quince de noviembre de 2010, dictó sentencia que estimaba el recurso contencioso-administrativo formulado por la asociación sindical de ingenieros de caminos canales

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

y puertos al servicio de las Administraciones Públicas contra el Decreto 277/07 de 6 de noviembre, de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, por el que se modificaba parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería de Medio Ambiente y a la Agencia Andaluza del Agua. La sentencia declara la nulidad de un número determinado de puestos de trabajo, por establecer la disposición reglamentaria que su cobertura se efectuaría por el sistema de libre designación.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de la Junta de Andalucía. El único motivo formulado se sustenta en el art. 88.1º, letra d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

El motivo de casación planteado por la Administración, razona que «la sentencia infringe el precepto señalado, al privar a la Administración Pública Andaluza de la facultad, que dicha norma le confiere, de configurar como puestos de libre designación aquellos que por la naturaleza de sus funciones sean de carácter directivo o de especial responsabilidad. El sistema por el que optó la Administración de libre designación, dice, está amparado por la normativa aplicable, cuando se trate de puestos, como los aquí controvertidos, en los que concurre una especial confianza, al ser

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

puestos de carácter directivo o de especial responsabilidad. Ello se desprende con nitidez del contenido del art. 7 del Decreto 390/1986, de 10 de diciembre, por el que se regula la elaboración y aplicación de la Relación de Puestos de Trabajo, [...]. El precepto reglamentario citado establece el sistema de concurso como sistema normal de provisión de puestos de trabajo; pero estableciendo a continuación la excepción de los puestos de trabajo con nivel de complemento de destino entre 26 y 30, para los que se entiende que el sistema normal será el de provisión por libre designación. La citada norma sólo impone la justificación complementaria para aquellos puestos de trabajo cuyo nivel sea inferior al 26, de lo que se desprende que la mera configuración del puesto con nivel superior a 26 es justificativo por sí mismo del carácter directivo del puesto o de su especial responsabilidad».

2. Doctrina del tribunal y fallo.

La cuestión suscitada en este recurso de casación y la resolución del mismo se sustenta en la argumentación utilizada en la STS de 16 de marzo de 2011 y reiterada en la STS de 25 de marzo de 2011, que expondré más adelante.

Además, en el supuesto que se está enjuiciando en esta sentencia, la memoria funcional y económica no contiene la necesaria descripción de los cometidos y funciones de los puestos de trabajo controvertidos, y por tanto, procede confirmar la sentencia recurrida por ser conforme a Derecho.

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

En virtud de esta argumentación declara «no haber lugar al recurso de casación, sin que proceda imposición de costas a la parte recurrente al no haber comparecido la parte recurrida».

Sin embargo, lo relevante en este caso, es estudiar y analizar que sustenta un pronunciamiento tan rotundo que impide a la Administración autonómica la modificación de la relación de puestos de trabajo, con la finalidad pretendida.

3. Análisis y valoración de la sentencia.

3.1. Grupo normativo regulador.

La provisión de puestos de trabajo a través del sistema de libre designación ha gozado de un razonable predicamento en el derecho administrativo español. El Decreto de 2 de noviembre de 1940 (art. 2), para la provisión de destinos ya recoge esta figura, que posteriormente fue desarrollada por las Órdenes del Ministerio de Gobernación de 20 de febrero de 1941 y de 24 de mayo de 1952. La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, art. 56, también la menciona, diferenciándola del concurso, y el Decreto 1106/1966, de 28 de abril, Reglamento para la provisión de vacantes, art. 2, establecía 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 [...]».

El artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en adelante LMRFP), establece:

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

«1. Los puestos de trabajo adscritos a funcionarios se proveerán de acuerdo con los siguientes procedimientos: [...].

b) Libre designación. Podrán cubrirse por este sistema aquellos puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, en atención a la naturaleza de sus funciones.

En la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector general, Delegados y Directores regionales o provinciales, Secretarías de altos cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo. [...]».

El Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, Título III, Capítulo III, precisa el régimen jurídico de la libre designación.

El primer párrafo de la letra b) de este apartado primero, del art. 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ha sido derogado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP). El EBEP, que supone una modificación sustancial del marco jurídico del empleo público, nos plantea dos retos. En primer lugar, la

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

determinación del régimen jurídico de la libre designación, que tendrá el ámbito de aplicación que señala el art. 2.1 de este texto legal. En el Título V (Ordenación de la Actividad Profesional), Capítulo III (Provisión de Puestos de Trabajo y Movilidad), art. 78, precisa los principios y procedimientos de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera:

«1. Las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

2. La provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública. [...]».

Respecto a la libre designación con convocatoria pública del personal funcionario de carrera establece (art. 80):

«1. La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.

2. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública. [...]».

El segundo reto planteado, es determinar la aplicabilidad inmediata de esta regulación. Y para resolver este interrogante, debemos tener presente que la Disposición Final cuarta del EBEP precisa

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

que el contenido de este Capítulo III, producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Por tanto, hasta que esta situación se produzca, queda vigente la legislación anterior aplicable a cada Administración Pública, y el carácter otorgado a la Ley 30/1984.

Además, en el ámbito de la Administración General del Estado, la Resolución del Ministerio de Administraciones Públicas de 21 de junio de 2007, que explicita las instrucciones para la aplicación de esta Ley, en el apartado 10 contempla criterios sobre este Capítulo, y más en concreto determina que continúan vigentes los procedimientos de provisión de puestos que seguirán rigiéndose por la Ley 30/1984 y el Real Decreto 364/1995, con las apreciaciones que incorpora. También debo destacar la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, art. 53, que dispone: «Todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos», entendiéndose por tal la presencia de hombres y mujeres «de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento».

3.2. Potestad de autoorganización, relaciones de puestos de trabajo y motivación.

La sentencia recurrida hace recaer el peso de la resolución en los fundamentos de derecho sexto y séptimo. El tenor literal del primero es el siguiente: «SEXTO.- A la luz de la normativa anterior, ha de analizarse la impugnación efectuada por el sindicato recurrente respecto de los concretos puestos de trabajo, señalados, cuyo sistema de provisión es el de libre designación.

No se puede llegar a la conclusión de que la atribución de este sistema de provisión se base exclusivamente en la potestad de autoorganización, dado que constituye un mecanismo extraordinario o excepcional de provisión de plazas, siendo necesario que se vea claramente, mediante una adecuada motivación, las causas que determinen, a su juicio y en el caso concreto, la elección por el sistema de libre designación del puesto de trabajo, [...].

Debido a esa falta de motivación, han de anularse los puestos de trabajo impugnados».

Es cierto que la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública no indica nada sobre la motivación de los actos administrativos de nombramiento. Tampoco lo hace el Reglamento General de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional. O mejor dicho, los procedimientos de cobertura, las convocatorias y sus resoluciones, se

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

regulan en los arts. 38.1, 38.2, 52, 51.1 del RGIPPPP. El nombramiento requerirá el previo informe del titular del centro, organismo o unidad al que esté adscrito el puesto de trabajo a cubrir (art. 54.1 RGIPPPP). Las resoluciones de nombramiento se motivarán con referencia al cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria y a la competencia del órgano que dicta aquélla; en todo caso, debe quedar acreditado, como fundamento de la resolución adoptada, la observancia del procedimiento debido (art. 56.2 RGIPPPP). Por tanto, no hay una referencia material sustancial a la motivación, sino puramente formal, no vinculada a la idoneidad del candidato, sino referida a los requisitos para el desempeño, y a la competencia del órgano designado para dictarla.

Pero la cuestión no es menor, y para abordarla debo hacer referencia en primer lugar a la potestad de la Administración para autoorganizarse y planificar los recursos humanos, y en segundo lugar a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo.

3.2.1. La planificación de los recursos humanos en la Administración.

La planificación de los recursos humanos en la Administración pública tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos,

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad (EBEP, art. 69.1).

En términos generales, la planificación y ordenación del personal se efectúa a través –entre otras- de la siguiente modalidad:

- Ordenación de los puestos de trabajo: relaciones de puestos de trabajo y plantillas orgánicas.

Las Administraciones públicas estructuran su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos (art. 74 del Estatuto Básico del Empleado Público).

Las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto en los términos siguientes:

- Las relaciones comprenderán, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal de cada centro gestor, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual así como los de aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral.
- Las relaciones de puestos de trabajo indicarán, en todo caso, las denominación, tipo y sistema de provisión de los mismos; los requisitos exigidos para

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

su desempeño; el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral.

- La creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizará a través de las relaciones de puestos de trabajo.

- La provisión de puestos de trabajo a desempeñar por el personal fijo, requerirá que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones. Ese requisito no será preciso cuando se trate de realizar tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al capítulo de inversiones.

- Las relaciones de trabajo serán públicas. Al constituir disposiciones administrativas de carácter general, pueden ser objeto de impugnación ante los tribunales contencioso-administrativos en los términos previstos en la LJ.

Por todo ello constituyen un elemento importante y básico de la organización administrativa, pues al elaborarlas y modificarlas, queda diseñada la estructura interna y funciones que tiene asignadas. Y de este modo se produce la clasificación de los puestos de trabajo de cada centro o unidad administrativa. En las mismas figurarán los puestos directivos que deben ser cubiertos por el sistema de libre designación. Pueden cubrirse por este sistema aquellos puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, en atención a la naturale-

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

za de sus funciones, que suelen corresponderse con cargos de carácter directivo o de especial responsabilidad. Se trata de un sistema “especial”, pues de lo contrario quedarían comprometidos algunos de los principios básicos. La discrecionalidad para la elección de este personal no es absoluta. Así lo determina, entre otras, la STSJ de Cantabria, de 12 de diciembre de 2005, FJ TERCERO:

«Obligado es también traer, como en aquellas otras ocasiones, a colación la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, comenzando con la Sentencia de 7 de mayo de 1993, que en referencia a la utilización del sistema de libre designación parte del carácter básico de los arts. 19 y 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública y, por ende, aplicable a todas las Administraciones Públicas, con arreglo al art. 1.3 de dicha Ley para afirmar que “el sistema de libre designación previsto en la Ley difiere sustancialmente de un sistema de libre arbitrio, ya que su perfil viene delimitado por los siguientes elementos:

Primero.- Tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso.

Segundo.- Se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones.

Tercero.- Sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la ley relaciona (secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad).

Cuarto.- La objetivación de los puestos de esta última clase (“especial responsabilidad”) está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, “en todo caso, la denominación

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

y características esenciales de los puestos”, y serán públicas, con la consecuente facilitación del control”.

Se puede concluir este apartado, por tanto, coincidiendo con lo mantenido en la sentencia apelada al afirmar que “la asignación del sistema de libre designación, comporta, por parte de la administración, el ejercicio de una potestad discrecional con elementos reglados”.

Finalmente y por lo que a las Jefaturas de Servicio concierne, se cita igualmente la STS de 12 de marzo de 2001, en relación a la necesidad de exteriorizar una justificación suficiente para que estas Jefaturas “impliquen la especial responsabilidad determinante de cubrirlas mediante libre designación”.

3.2.2. Doctrina jurisprudencial.

Como he expuesto anteriormente, la sentencia recurrida hace recaer el peso de la resolución en los fundamentos de derecho sexto y séptimo. El tenor literal del primero (FD SEXTO) continúa diciendo:

«SEXTO.- A la luz de la normativa anterior, ha de analizarse la impugnación efectuada por el sindicato recurrente respecto de los concretos puestos de trabajo, señalados, cuyo sistema de provisión es el de libre designación (este párrafo ya ha sido reproducido).

[...], siendo necesario que se vea claramente, mediante una adecuada motivación, las causas que determinen, a su juicio y en el caso concreto, la elección por el sistema de libre designación del puesto de trabajo, que debe ser cubierto por tal sistema, *sin que valga la consideración de que todos los puestos de trabajo, de un determinado nivel,*

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

ostentan la doble cualidad de ser puesto de especial responsabilidad y de carácter directivo.

Esta motivación exige una reseña de las funciones atribuidas al puesto de trabajo en cuestión, para poder calificarlas de confianza o de responsabilidad; sin que sean suficientes las fórmulas genéricas utilizadas en la exposición de motivos del Decreto, que refieren la necesidad de reforzar la vigente relación de puestos de trabajo para atender adecuadamente las funciones que actualmente tiene atribuidas la Agencia Andaluza del Agua.

Debido a esa falta de motivación, han de anularse los puestos de trabajo impugnados».

A. Jurisprudencia sobre el sistema de libre designación.

La STC 235/2000, de 5 de octubre establece algunas determinaciones esenciales, a la hora de valorar el sistema de libre designación. Entre otras, debo destacar las siguientes:

- La constitucionalidad del sistema de libre designación, no comporta que los principios de mérito y capacidad queden excluidos:

«Esta doctrina [...], permite sostener la constitucionalidad del sistema de libre designación, cuya entrada en juego no comporta que los principios de mérito y capacidad queden exclusivamente constreñidos al ámbito del concurso, en la medida en que [...] la facultad de libre designación no atribuye al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente, con olvido de que el servicio del interés público es la esencia y el fundamento del ejercicio de toda potestad administrativa, con la consecuencia,

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

en todo caso, de la eventual apreciación, con ocasión del oportuno control judicial «ex» art. 106.1 CE, del vicio de desviación de poder de constatarse una marginación indebida de los principios de mérito y capacidad».

- Los criterios utilizados no pueden ser arbitrarios y carentes de fundamento objetivo y razonable:

«[...] los criterios utilizados para determinar los supuestos en los cuales puede acudir al sistema de libre designación no son en modo alguno arbitrarios y carentes de un fundamento objetivo y razonable, pues viene a expresar que, sin perjuicio de la entrada en juego de los principios de mérito y capacidad [...], la libre designación, que, en definitiva, y según se dirá más abajo, no significa sino la mera puesta a disposición del órgano decisor de un cierto margen de valoración a la hora de apreciar las aptitudes de los candidatos para desempeñar un determinado puesto de trabajo, queda reservada a los puestos que ofrecen una particular relevancia en el conjunto de la [...] Administración [...]».

- El régimen jurídico de la libre designación presenta singularidades en la forma de nombramiento y en el cese:

«[...] cuando se establece la libre designación como forma de provisión de un puesto de trabajo se alude a un régimen jurídico que, no sólo presenta singularidades en la forma de nombrar a un funcionario para el puesto concreto, sino que también las ofrece en relación con la forma en que dicho funcionario puede ser cesado, y, lo que es más importante, con las consecuencias que dicho cese tiene para el funcionario afectado».

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

La STS de 16 de marzo de 2011 señala (FD TERCERO): «La jurisprudencia de esta Sala viene insistiendo en el carácter excepcional que la Ley asigna a este sistema de libre designación y en la necesidad de que cuando se considere necesario acudir a él se haga, también excepcionalmente y justificando, caso por caso, por qué debe utilizarse [...]».

Habiéndose de añadir que esa justificación, para que pueda ser considerada suficiente, exige describir las concretas circunstancias y cometidos concurrentes en el puesto de que se trate que permitan valorar si es o no de apreciar en el mismo el carácter directivo o la especial responsabilidad de los que depende la validez del sistema de libre designación, y que no bastan a estos efectos fórmulas estereotipadas o la mera denominación aplicada al puesto.

Desde la anterior premisa jurisprudencial la infracción denunciada en el recurso de casación no puede ser compartida por lo que se expone a continuación.

El principal argumento del recurso como resulta de lo que antes se expuso, es que por tratarse de puestos de nivel 26 a 30 necesariamente han de ser calificados de confianza y asesoramiento. Pero este razonamiento inicialmente no puede ser compartido porque esa calificación ha de resultar de los cometidos y funciones del puesto y no solamente del nivel (como acertadamente ha declarado la sentencia recurrida).

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

A ello ha de añadirse que no resulta así del precepto reglamentario autonómico que se invoca y antes se transcribió, pues en él se exigen para la libre designación dos cosas: que se trate de puestos “expresamente calificados de confianza y asesoramiento” y, además, tengan nivel de complemento de destino “comprendidos entre 26 y 30”. *Es decir, que no son suficientes estos niveles ni tampoco por sí solo califican al puesto de “confianza y asesoramiento”.*

Y debe terminarse afirmando que tampoco en la Memoria Funcional y Económica de la Consejería de Justicia y Administración Pública que es invocada aparece, frente a lo que se alega en el recurso, la descripción de los cometidos correspondientes a los puestos. En ella ciertamente aparecen las funciones que corresponden a la Secretaría General de Economía y a la Dirección General de Planificación pero no se describen los cometidos de los puestos aquí litigiosos».

Criterio que se reitera en la sentencia de 25 de marzo de 2011 (FD Tercero).

B. Jurisprudencia sobre la motivación en el sistema de provisión de libre designación.

a) Innecesariedad de motivación.

La STS de 30 de noviembre de 1999 (Ar. 3202), es el mejor exponente de una línea jurisprudencial ya superada. Entiende que la motivación está recogida en la norma reguladora que otorga la potestad discrecional para efectuar el nombramiento y en la confianza que se otorga al funcionario designado:

«[...], pero ni en los mencionados preceptos, ni en ningún otro, se establecen normas o criterios de valoración o de calificación de los méritos que, en su

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

caso, invoquen o acrediten los solicitantes al modo de lo que, en general, se establece con relación a otros procedimientos selectivos, por lo que, obviamente, resulta, por un lado, que la libre designación o el nombramiento discrecional sólo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el Órgano de Gobierno competente para formular la propuesta puede apreciar libremente sin estar sometida al requisito formal de la motivación o, dicho de otro modo, sin necesitar que su voluntad se exprese previa exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a una determinada persona, y, por otra parte, que, como aquella competencia abarca y comprende también tal apreciación de confianza, ésta no podría ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada, que es, justamente, el fundamento esencial del requisito de la motivación (sentencia de esta Sala de 10 de enero y de 11 de enero de 1997), innecesaria, por tanto, en tal supuesto, y, por lógica, no determinante, su ausencia, de vicio de anulabilidad, presupuesta la indiscutible constitucionalidad de los preceptos de referencia [...].».

b) Necesidad de motivación.

La STS de 30 de septiembre de 2009 constituye referencia jurisprudencial para avalar el cambio de línea del Alto Tribunal, al determinar:

- Limitaciones en la libertad otorgada:

«[...] la libertad legalmente reconocida para estos nombramientos discrecionales no es absoluta, sino que tiene unos límites».

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ HOYOS

- La decisión que se adopte, podrá ser enjuiciada. Para ello, resultará esencial valorar la motivación de la misma:

«Desde luego, la decisión que se adopte finalmente, tanto si sigue el criterio expresado en el informe que nos ocupa, como si se aparta de él, podrá ser combatida jurisdiccionalmente como todos los actos que incorporan elementos discrecionales, en este caso atendiendo especialmente a las características del puesto y a las de quienes lo piden, para lo que será fundamental el examen de la motivación en que la Administración debe apoyar su decisión [...]».

3.3. El monopolio de determinadas profesiones o titulaciones en el ejercicio de determinados puestos de trabajo.

Queda pendiente que me pronuncie sobre el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia recurrida en casación. En el mismo se plantea el análisis del monopolio del ejercicio de determinados puestos de trabajo por determinadas profesiones o titulaciones. El tenor literal del FD mencionado es el siguiente:

«Al respecto ha de reseñarse la tendencia jurisprudencial que trata de huir del monopolio de determinadas profesiones o titulaciones en el ejercicio de determinados puestos de trabajo».

Pero esta cuestión ha quedado resuelta de forma taxativa por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La STS de 10 de abril de 2006 (Ar. 2057), haciéndose eco de la de 27 de mayo de 1998 (Ar. 4196), precisa que «reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se viene a afirmar que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que al existir una base de

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SELECCIÓN Y...

enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido».