

Comunicación a la Ponencia Temática I

**¿AVANCES HACIA EL FIN DEL ABUSO
Y LA ARBITRARIEDAD EN EL SISTEMA
DE LIBRE DESIGNACIÓN?**

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Profesora Contratada Doctora
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD Y SISTEMAS DE PROVISIÓN.—III. LIBRE DESIGNACIÓN: SISTEMA «NO HABITUAL» DE PROVISIÓN. 1. Puestos de especial responsabilidad. 2. Confianza personal versus confianza profesional.—IV. DE LOS LÍMITES Y RESTRICCIONES A LA LIBRE DESIGNACIÓN. 1. Notas definitorias del sistema. 2. Sobre el ámbito en que opera la discrecionalidad en la designación. 3. La exigencia de motivación.

I. INTRODUCCIÓN

El EBEP¹ hace referencia de modo expreso, acogiendo la recomendación contenida en el informe de la comisión para el estudio y preparación del texto legal elaborado en 2005, a la necesidad de que los sistemas de provisión de puestos de trabajo para el personal funcionario de carrera², entre los que se incluye la libre designación con convocatoria pública, respeten los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. No podemos decir, casi innecesaria resulta la observación, que estemos ante un aspecto absolutamente desconocido pero sí ante una innovación en el plano legislativo, dado que las normas anteriores no se habían encargado de señalarlo de modo explícito.

Esta tradicional ausencia de referencia legal expresa a la aplicación de los principios contenidos en la Carta Magna (arts. 23 y 103.3) una vez superado el momento de la selección, dio lugar a que los Tribunales, en especial el TC dada la índole de la cuestión abordada, hubieran de pronunciarse en este sentido. Ahora bien, sentada en distintas sentencias esta premisa de partida, consideró necesario especificar que estábamos ante una aplicación que debía entenderse «matizada».

¹ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 13 de abril). Por todos, LORENZO DE MEMBIELA, T. B.: «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en *Actualidad Administrativa*, 2007-2, p. 1943 y ss.; MANTECA VALDELANDE, U.: «Novedades y aspectos generales del Estatuto Básico del Empleado Público», en *Actualidad Administrativa*, 2007-2, p. 1796 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Justicia Administrativa*, núm. 36, 2007, p. 5 y ss.; SANDE PÉREZ-BEDMAR, «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *RL*, núm. 18/2007, p. 53 y ss.

² Como es sabido, el artículo 83 EBEP remite la provisión de puestos de trabajo del personal laboral a lo previsto en los convenios colectivos que resulten de aplicación y, sólo en su defecto, al sistema previsto para el personal funcionario de carrera.

Sin lugar a dudas, el tan esperado EBEP podría haber avanzado más en el camino de acometer una reforma en profundidad de los sistemas de provisión de puestos de trabajo como le aconsejaba el informe de la comisión, mostrándose poco innovador³ y tremendamente continuista. Seguramente el Estatuto ha desaprovechado la ocasión para poner remedio a algunos de los problemas que los aquejan, en especial la rigidez del concurso y la valoración casi exclusivamente numérica de una serie de méritos, que repercuten, sin lugar a dudas, en la desmesura de la libre designación.

No obstante, tampoco hay que perder de vista que las sugerencias concretas del informe en relación a la libre designación eran escasas, pues a buen seguro tampoco corresponde a este texto legal ir más allá. Baste ahora con recordar que el EBEP, como le es propio, ha pretendido diseñar únicamente las líneas y pautas generales de actuación, mostrándose respetuoso con la autonomía y las necesidades de las distintas Administraciones y dejándoles un amplio espacio para regular un modelo propio, en particular, en relación a la carrera o la promoción profesional. De modo patente se pronuncia en este sentido su Exposición de Motivos cuando señala que el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal. Ello supone que las distintas regulaciones marcarán más unos u otros aspectos de los que hemos de apuntar pero que, sin duda alguna, todos derivan del régimen estatutario y deben respetarse sus líneas maestras si se pretende el pleno ajuste constitucional del sistema de libre designación.

Además, se han intentado plasmar algunos de los requisitos y exigencias que la jurisprudencia, aun tímidamente, ha ido imponiendo al sistema a fin de admitir su utilización moderada y dentro del respeto a una serie de garantías jurídicas capaces de tutelar los derechos e intereses de los funcionarios por él afectados⁴. Por tanto, la norma se ha ceñido, en esencia, a prever expresamente el sometimiento a los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad, a tratar de acentuar el carácter excepcional de la libre designación que debe quedar reservada a puestos de trabajo determinados, dando un amplio espacio en este ámbito a las leyes de desarrollo, como luego veremos, y delimitando

³ Así se pronuncia también SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Consideraciones generales...», *op. cit.*, p. 22, para quien pocas de las propuestas en torno a los sistemas de provisión han quedado reflejadas en el texto del Estatuto Básico, que en este punto es muy poco innovador, pese a los problemas detectados.

⁴ En la misma línea, PALOMAR OLMEDA, A.: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV.AA. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 491.

tando, aun de forma algo tibia, el espacio de la discrecionalidad que, lógicamente, sigue presidiendo el sistema.

No faltan autores que muestran su sorpresa ante este planteamiento general del EBEP que proclama la aplicación de los principios constitucionales a los sistemas de provisión pero mantiene la libre designación que es «la negación más fragante del principio de mérito y capacidad como su misma denominación indica»⁵. Afirmación a la que no falta una parte de razón, habida cuenta que a nadie escapan las dificultades reales a la hora de conciliar un sistema caracterizado por un amplio margen de libertad en la designación con los dictados constitucionales.

Básicamente vamos a tratar dos grandes bloques temáticos. En primer lugar, es preciso plantearse si la mención expresa en el texto del EBEP al respeto a los principios constitucionales sin condicionamientos o matizaciones, obliga a replantearse la postura del TC acerca de su intensidad «debilitada» cuando hace referencia a los procedimientos de provisión y cómo juega esa menor intensidad. En segundo lugar, hemos de hacer algunas reflexiones, partiendo del propio texto del EBEP y del amplio margen de maniobra que se abre a las leyes de desarrollo, sobre las exigencias mínimas y las garantías jurídicas que debe contener la regulación de la libre designación a fin de lograr su ajuste a los principios de que venimos hablando que, de entrada, casan mal con la discrecionalidad propia de la figura ahora a examen.

Es más, resulta patente que por muy garantista que resulte la norma reguladora y aunque, con carácter general, como ha sostenido reiteradamente el TC, la libre designación no resulte inconstitucional, las prácticas desviadas instaladas en torno al sistema y la existencia de fuertes intereses políticos, personales y de otra índole, han provocado su utilización de modo habitual, siendo objeto de un uso (y abuso) desmesurado. Basta acercarse a cualquiera de los autores que se ha ocupado de esta temática para constatar cómo pese a su excepcionalidad, la libre designación se ha instalado, por distintos motivos, entre ellos una voluntad decidida en la gestión administrativa, como sistema muy normal de provisión en las distintas administraciones⁶. Denuncia similar se contie-

⁵ PARADA, R.: *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 130.

⁶ Por todos, BEATO ESPEJO, M.: «La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantías jurídicas», en REDA, núm. 56, 1987, p. 585; LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: «La libre designación: aspectos administrativos y jurisprudenciales», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 18, 2004, p. 124. Al notable expansionismo de la libre designación hace referencia CUADRADO ZULOAGA, D.: «Jefaturas de servicio, libre designación y carrera administrativa en la nueva Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León», en *Actualidad Administrativa*, 2005-2, p. 2445. También alude a la subversión real del sistema, MOREY JUAN, A.: *La Función Pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*, INAP, Madrid, 2004, p. 71.

ne en el informe de la comisión ya aludido que considera que otro de los problemas prácticos a los que conduce la rigidez de los concursos es la extensión inmoderada del sistema de libre designación. Situación a la que, seguramente, es difícil poner coto desde el texto legal, aunque es dable intentarlo, y a la que deberán seguir haciendo frente, huelga decir que de modo mucho más enérgico, los Tribunales de Justicia.

Nótese, para concluir, que según lo previsto en la DF 4.ª 2.º EBEP, el capítulo III del título V, en el que se incardina el precepto ahora estudiado, producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

II. PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD Y SISTEMAS DE PROVISIÓN

La referencia legal explícita al respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (arts. 23 y 103.3 CE), sin mayores matices, obliga a cuestionarse si el legislador ha pretendido una aplicación «debilitada» como la sostenida por el TC⁷ o ha buscado ir más allá y en qué dirección apunta.

En breve síntesis, de la doctrina consolidada del TC⁸ pueden extraerse dos premisas básicas. En primer lugar, no existe un único sistema de provisión de puestos de trabajo sino que cabe la libre designación, cuya constitucionalidad⁹ no se cuestiona¹⁰.

En segundo lugar, ha considerado necesario, seguramente a fin de salvar el ajuste constitucional del sistema¹¹, proclamar el distinto rigor e intensidad con que operan estos principios según nos encontremos ante el acceso a la función pública, en cuyo caso la eficacia es absoluta,

⁷ Por todas, STC 221/2004, de 29 de noviembre (FJ 3.º) (BOE de 4 de enero), que sigue la doctrina clásica sentada ya en sentencias como la 192/1991, de 14 de octubre.

⁸ Por todas, SSTC 207/1988, de 8 de noviembre (BOE de 12 de diciembre), 10/1989, de 24 de enero (BOE de 20 de febrero) y 235/2000, de 5 de octubre (BOE de 7 de noviembre).

⁹ Se ha venido a afirmar que el fundamento constitucional para declarar la constitucionalidad del sistema de libre designación, tal y como aparece configurado actualmente en el ordenamiento jurídico, sería el principio democrático, entendido como la confianza que los responsables políticos democráticamente elegidos han recibido de los ciudadanos, como apunta el abogado del Estado en la STC 235/2000, JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Libre designación...», *op. cit.*, p. 4.

¹⁰ Aspecto que, sin embargo, no se muestra tan evidente para la doctrina, para algunos el sistema ofrece serias dudas de constitucionalidad, vid. MOREY JUAN, A.: «La Función Pública...», *op. cit.*, p. 79.

¹¹ En este sentido, JIMÉNEZ ASENSIO: «Libre designación y funcionarios con habilitación nacional», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16/2000, BIB 2000/1725, p. 1.

o en las relaciones surgidas con posterioridad, en concreto, en la carrera administrativa o en la provisión de puestos de trabajo¹². Siendo en esta fase solamente «matizada» o «moderada». A fin de reafirmar su postura, el TC arroja el argumento de que el funcionario ya acreditó el mérito y la capacidad cuando accedió en condiciones de igualdad a la función pública, de forma que tienen cabida ahora otros principios constitucionales, entre ellos el de eficacia (en la organización de los servicios), que justifiquen la opción por otro sistemas, así el de libre designación¹³.

La tesis ha recibido, lógicamente, contestación por parte de la doctrina, que cuestiona la razón por la que en el acceso la igualdad sea más intensa que en la promoción. Hasta el punto de preguntarse si el mérito y la capacidad son de diferente calidad o naturaleza según que nos encontremos en el momento inicial o el posterior¹⁴. Para otros lo que sí es problemático, al menos desde la dimensión constitucional, es que las exigencias de igualdad, mérito y capacidad en la provisión de puestos de trabajo, se rebajen hasta tales extremos que en el sistema de libre designación desaparezcan por completo. Por ello, se señala que por mucha retórica que se utilice, la doctrina constitucional sobre el tema conduce a negar la aplicación efectiva del artículo 23.2 de la Constitución. Estando, en suma, ante un ámbito hasta cierto punto materialmente exento de control constitucional¹⁵. Pese a estas duras afirmaciones, el propio autor reconoce que los Tribunales han ido ensanchando, con las limitaciones obvias de su sujeción al marco normativo legal en el caso del TS, el margen de control de la provisión de puestos por libre designación. Aspecto en el que entraremos con mayor detalle *infra*.

Sin lugar a dudas, el problema a dilucidar no se presenta tanto en el plano teórico sino a la hora de su aplicación al supuesto concreto, momento en que habrá que determinar a qué criterio distinto, relacionado con otros bienes constitucionales, se ha atendido en tal caso, aspecto que debiera aparecer en la motivación de la decisión adoptada¹⁶.

Sin embargo, de modo bastante más natural asume otro sector esta modulación en aras de la mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos. De esta forma, y frente al concurso donde se realiza una baremación o cuantificación estricta y rigurosa de los méritos

¹² Línea que se ha mantenido constante desde la STC 192/1991, de 14 de octubre (BOE de 15 de noviembre).

¹³ SSTC 200/1991, de 28 de octubre (BOE de 27 de noviembre), 293/1993, de 18 de octubre (BOE de 9 de noviembre) y 156/1998, de 13 de julio (BOE de 18 de agosto).

¹⁴ Estas dudas pueden verse en RODRÍGUEZ-ARANA, J.: «El marco constitucional del acceso a la función pública en el Derecho administrativo español», en *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2007, p. 274.

¹⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 2.

¹⁶ Vid. las reflexiones en este sentido del magistrado Conde Martín de Hijas en el voto particular que acompaña a la STS de 11 de enero de 1997 [núm. rec. 424/1995].

tos alegados por los distintos candidatos, aquí los méritos se comparan de forma bastante más global y sirven, en esencia, para comprobar que resiste el filtro del control de la arbitrariedad, de manera que será suficiente que no se revele una arbitraria o irrazonable relegación del candidato que evidentemente parezca más idóneo desde el punto de vista del interés público¹⁷.

Concretando más su doctrina, para el TC, aunque los principios de mérito y capacidad pueden ser modulados en el sistema de libre designación, no puede admitirse la vulneración de la igualdad de oportunidades entre los participantes, la dimensión «más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 CE», adjudicándose sin previa publicidad (STC 221/2004). De esta forma, aunque evidentemente el principio de igualdad tiene otra importante vertiente en relación con la valoración de los méritos y la capacidad, viene ahora a subrayar que el contenido del principio de igualdad «queda suficientemente cubierto con la garantía de la publicidad de las correspondientes convocatorias»¹⁸. También el informe de la comisión ya citado insiste en la necesidad de la convocatoria pública, así como en la exigencia de determinados requisitos mínimos a los candidatos. Aspecto este último en el que habrán de ahondar las correspondientes leyes de desarrollo, en tanto en la práctica suelen ceñirse a exigir la pertenencia a un grupo de titulación, lo que acrecienta, qué duda cabe, el margen de discrecionalidad del órgano que ejerce la libre designación ya de por sí bastante amplio.

Sin lugar a dudas, podemos apreciar un importante salto de cualidad en la doctrina del TC en uno de sus más importantes pronunciamientos en la materia, la STC 235/2000, de 5 de octubre¹⁹, donde viene a considerar que tanto el concurso como la libre designación son procedimientos para atribuir puestos de trabajo a quien ostente, desde la óptica del principio de mérito y capacidad, la cualificación e idoneidad precisas para el mejor y más correcto desempeño de las funciones anudadas a cada puesto. Sitúa de este modo el Alto Tribunal la línea fronteriza entre ambos sistemas no en los valores en los que se fundamenta la decisión (el mérito y la capacidad) sino en el método de apreciación de los mismos. En esta línea, la doctrina ha señalado con acierto que si en el concurso la adecuación del candidato al puesto se determina exami-

¹⁷ CUADRADO ZULOAGA, D.: «Procedimiento para el nombramiento...», *op. cit.*, p. 480.

¹⁸ En esta misma línea, CUADRADO ZULOAGA, D.: «Procedimiento para el nombramiento de funcionarios por el sistema de libre designación», en *Actualidad Administrativa*, 2004-1, p. 477, resalta que resulta indispensable la exteriorización de la convocatoria para posibilitar que los principios de igualdad, mérito y capacidad se cumplan de manera efectiva, dado que sólo asegurando la publicidad de la convocatoria puede garantizarse que ésta llegará al conocimiento de todos los posibles interesados.

¹⁹ Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto respecto a diversos párrafos del artículo 99 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local.

nando los extremos previamente delimitados en las bases (aplicación automática de un baremo), en la libre designación el órgano decisor disfruta de libertad para fijar la fórmula a través de la cual enjuiciar el mérito y la capacidad, esto es, no hay un método preestablecido²⁰. Para el Alto Tribunal, el sistema de libre designación es resultado de la apreciación (dotada de una evidente connotación de discrecionalidad o margen de libertad) que el órgano legitimado para decidir se haya forjado a la vista del historial profesional de los candidatos o aspirantes. Sobre esta cuestión, línea en la que incide de manera decisiva el EBEP, habremos de volver *infra*.

III. LIBRE DESIGNACIÓN: SISTEMA «NO HABITUAL» DE PROVISIÓN

Resulta patente, y el legislador no ha cejado en el empeño de destacar la excepcionalidad que caracteriza al sistema de libre designación, que es un modo no habitual frente al normal o común que es el concurso. Al decir del artículo 80 EBEP la libre designación con convocatoria pública se aplicará para cubrir los puestos de especial responsabilidad y confianza a cuyo efecto las leyes de desarrollo del Estatuto establecerán los criterios oportunos. A ello se une la alusión, ya clásica, contenida ahora en el artículo 79 del propio texto, al concurso como procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo.

En esta línea se ha venido moviendo el TS²¹ que cifra en cuatro los elementos caracterizadores del sistema, todos apuntando en la misma dirección: a) su excepcionalidad; b) la limitación a puestos de trabajo determinados en atención a la naturaleza de sus funciones; c) exclusivamente para los puestos directivos²² y de confianza que la norma prevé y d) su plasmación en las relaciones de puestos de trabajo, de conformidad con los requisitos legales exigidos.

²⁰ En este sentido, PORTA PEGO, B.: «¿El ocaso de la libre designación como sistema de provisión de algunos destinos en la carrera judicial? La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2006, relativa al nombramiento del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional», en *REDA*, núm. 135, 2007, pp. 606 y 610.

²¹ Por todas, SSTS (c-adv) de 7 de mayo de 1993 [núm. rec. 1561/1991], 10 de abril de 1996 [núm. rec. 3141/1992], 25 de noviembre de 1997 [núm. rec. 485/1992], 10 abril de 2002 [núm. rec. 3681/1996], 24 de febrero de 2004 [núm. rec. 8995/1998] y 13 de julio de 2005 [núm. rec. 8450/1999].

²² Los puestos directivos, como tales, han quedado excluidos de la libre designación, pues no hay que perder de vista que una de las innovaciones incluidas por el EBEP, aunque diferida al desarrollo posterior, es la inclusión en el artículo 13 EBEP de los altos directivos, en principio, destinados a tener un régimen jurídico propio. Unas interesantes reflexiones sobre la delimitación del carácter directivo de los puestos anteriores al EBEP pueden verse en MOREY JUAN, A.: «La Función Pública...», *op. cit.*, p. 116 y ss.

Esta configuración determina que la libre designación venga reservada de modo exclusivo a determinados puestos de trabajo en función de la naturaleza del trabajo prestado y su especial responsabilidad. El EBEP remite los criterios de determinación de los puestos a cubrir por este sistema a las leyes de desarrollo. Apoderamiento que no se realiza en blanco, sino sometido a dos criterios habilitadores: tratarse de puestos de especial responsabilidad y confianza²³. En este sentido, el propio informe de la comisión para el estudio y preparación del EBEP consideraba que también deben preverse «para puestos determinados y reducidos, procedimientos de provisión en los que el órgano competente no especializado goce de un mayor margen de discrecionalidad, llámese o no libre designación».

1. Puestos de especial responsabilidad

Sin lugar a dudas, resulta sumamente complicado para el legislador configurar una relación exhaustiva de los puestos de trabajo que quedan abiertos a esta vía de provisión, pero es evidente que debe huirse de fórmulas excesivamente genéricas y abiertas y también la inadecuación de definir la especial responsabilidad de forma exclusiva por referencia a puestos de trabajo de un determinado nivel (niveles que, no obstante, en principio, han quedado derogados).

Si bien es positivo abrir la vía a la libre designación sólo y exclusivamente una vez alcanzados determinados niveles muy elevados, como forma de salvaguardar la carrera profesional de los funcionarios públicos²⁴, quedando cerrada por debajo de tales umbrales, evidentemente no todos los puestos de trabajo de tales niveles son aptos para la libre designación sino únicamente aquellos en los que concurran las peculiaridades en cuanto a tipo de actividades y especial responsabilidad que legitiman el recurso a este sistema excepcional. Por tanto, habrá que ser exhaustivo a la hora de controlar que los requisitos se dan. Por ello, hay que poner especial hincapié en la necesaria motivación de la oportunidad de acudir a esta vía.

²³ PALOMAR OLMEDA, A.: «Provisión de puestos de trabajo...», *op. cit.*, p. 492.

²⁴ Sobre el conflicto de intereses subyacente a la determinación del sistema de provisión más idóneo, el de la organización que reclama mayor autonomía para designar a sus directivos y el de los funcionarios reclamando el derecho a la carrera administrativa, entre otros, LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 125; PALOMAR OLMEDA, A.: «Provisión de puestos de trabajo...», *op. cit.*, pp. 474-5, para quien el EBEP acepta la necesidad de dotar a la organización pública de elementos de flexibilidad en su gestión, con los que compensar los profundos y continuos cambios a los que la misma se ve sometida en estos tiempos. Aspecto también resaltado en la propia Exposición de Motivos del EBEP.

El tema se ha planteado con especial virulencia ante los Tribunales en relación a las jefaturas de servicio que genéricamente han sido reservadas en numerosas CC.AA. a la libre designación. En este sentido, la postura del TS ha sido rotunda y constante, en tanto no cabe admitir por sistema y con carácter general que todas las jefaturas de servicio participen de las características de puestos directivos o de especial responsabilidad, sino que esa naturaleza habrá de motivarse y justificarse en cada caso de manera objetiva y razonable²⁵. Una respuesta distinta, dando por sentado que en todas ellas nos encontramos ante puestos de especial responsabilidad, es dar carta de normalidad a un sistema de selección que constituye un mecanismo extraordinario de provisión, con lo cual lo que debería ser la excepción se convierte en la regla general²⁶.

2. Confianza personal versus confianza profesional

Ha sido tradicional en la doctrina y la jurisprudencia situar las peculiaridades de la libre designación en la especial relación de confianza que debe regir la prestación de servicios a estos niveles. Ahora bien, frente a posturas abiertamente favorables a la primacía de la confianza personal o política en la persona libremente designada, se han alzado voces en las que tiende a resaltarse su carácter profesional. Esto es, que aunque la libre designación se fundamenta en requisitos de confianza mutua lo ha de hacer también en razones técnicas de preparación, capacidad y competencia profesional, descartando la idoneidad subjetivamente considerada²⁷. O lo que es lo mismo, los principios constitucionales cierran el paso a puros criterios de afección o desafección personal²⁸.

Línea en la que también se mueve el TC que reconduce la confianza que justifica la libre designación al campo de lo «profesional», tesis ajustada a la exigencia ahora contenida de modo expreso en el EBEP de la «idoneidad» del candidato. En este sentido, en la STC 235/2000, de 5 de octubre, viene a afirmar que la nota de confianza que caracteriza a la libre designación no es sino la que deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto por los méritos esgrimidos²⁹, con ex-

²⁵ Por todas, SSTS (c-adv) de 10 de abril de 1996 [núm. rec. 314/1992], 10 de abril de 2000 [núm. rec. 3681/1996], 13 de julio de 2005 [núm. rec. 8450/1999] y 5 de febrero de 2007 [núm. rec. 6336/2001]. Como señala la STS de 15 de octubre de 2007 (núm. rec. 6333/2002) el sistema no resulta generalizable.

²⁶ CUADRADO ZULOAGA, D.: «Jefaturas de servicio...», *op. cit.*, p. 2441.

²⁷ BEATO ESPEJO, M.: «La libre designación...», *op. cit.*, pp. 593 y 597.

²⁸ CORDERO SAAVEDRA, L.: «La "libre designación"...», *op. cit.*, p. 301.

²⁹ Argumento que, sin embargo, es combatido con firmeza desde el voto particular que acompaña al pronunciamiento en el que el magistrado discrepante parte de que en el sistema de libre designación ni se evalúan méritos ni se adjudica el puesto de trabajo al mejor

clusión de la estrictamente personal o basada en la afinidad ideológica o política. Por tanto, resulta rechazable la libre designación cuando «se orille absoluta o manifiestamente el principio de mérito y capacidad, así como cuando se prescindiera de resolver motivadamente por qué el candidato designado se adecua al perfil propuesto en la convocatoria del puesto»³⁰.

Si a lo anterior unimos que en este mismo pronunciamiento, aunque en afirmaciones algo deslavazadas, se destierra que quien designe tenga un margen absoluto para la valoración sino que sólo ostenta «un cierto margen» (difícilmente cuantificable a priori, eso sí) y se afirma que se busca designar para el puesto a quien disponga, conforme a los principios de mérito y capacidad, de la cualificación e idoneidad precisas para el mejor desempeño de las funciones de cada puesto, cabe extraer la conclusión de que el TC parece decidido a echar el freno al abuso y la arbitrariedad cómodamente instalados en el sistema. Y estas pautas, sin lugar a dudas, son las que deben marcar la evolución del sistema, presidida por una juiciosa interpretación de los dictados legales, y el contenido a las leyes de desarrollo.

Aunque el pronunciamiento comentado da lugar a numerosas reflexiones nos limitaremos a esbozar dos ideas fundamentales. La primera de ellas es que resultan patentes las dificultades para llevar a la práctica esta doctrina y que surta plenos efectos, lo que conlleva la necesidad de una serie de exigencias en la convocatoria y en el desarrollo de la misma que en el marco normativo hasta ahora vigente no se han cumplido en absoluto³¹.

El EBEP, como hemos visto, resalta la trascendencia de la «idoneidad» del candidato en relación a los requisitos del puesto a cubrir. Por tanto, es a la hora de la definición de éstos en la convocatoria, su efectiva exigencia y la motivación de la elección, donde radican los elementos esenciales para que la tesis constitucional no se convierta en papel mojado. El sistema, sentadas las bases legales para ello, debiera evolucionar de tal forma que la exigencia de idoneidad y capacidad actuara como un *prius*, a partir del cual, determinado un círculo de personas que acreditaran los requisitos exigidos para el desempeño del puesto y la capacidad suficiente para ejercerlo, pudiese actuar la discrecionalidad de la autori-

candidato. Asimismo, considera que la idoneidad no es el resultado de una selección entre quienes mayor cualificación profesional ostentan, sino una idoneidad que deriva, esencialmente, de una relación de confianza, que apodera para una designación discrecional.

³⁰ JIMÉNEZ ASENSIO: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 6.

³¹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 6. *Vid.*, en esta misma línea, las reflexiones de CORDERO SAAVEDRA, L.: «La "libre designación" como sistema de provisión de puestos de trabajo. De la discrecionalidad a la arbitrariedad», en *Actualidad Administrativa*, 2001-1, p. 296.

dad que designe³². Aquí es donde, a buen seguro, habrían de jugar un papel esencial los especialistas a los que puede acudir el órgano competente a la hora de apreciar la idoneidad de los candidatos. Éstos podrían contrastar previamente y de forma objetiva los méritos y capacidad de los candidatos o preseleccionar aquellos que mejor se ajustan al puesto a cubrir, de entre los cuales el órgano competente podría elegir discrecionalmente a aquél o aquéllos que, atendiendo a otros criterios, mejor se adaptan a las necesidades a satisfacer por la correspondiente Administración. En este sentido, el cumplimiento del interés público al que han de responder las Administraciones Públicas, 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 personales³³.

En segundo lugar, pese a la relevancia y el valor que encierran las afirmaciones vertidas por el Alto Tribunal, no cabe desconocer que subsisten importantes problemas interpretativos que no ha pasado por alto la doctrina que se ha ocupado del tema³⁴. Así, como hemos apuntado, en relación con el margen de valoración, puesto que concretarlo en la práctica exige ímprobos esfuerzos. Sin duda, asaltan al intérprete importantes interrogantes en relación a su cuantificación y el método a utilizar en su medición.

El viraje definitivo hacia la confianza profesional en la libre designación parece también extraerse de la mayor claridad con la que queda definido en el EBEP el personal eventual³⁵ que, además, se regula en un precepto independiente y que, en principio, debe quedar reducido, según el informe de la comisión, a las funciones que exigen una estricta relación de confianza política y que no debe extenderse a la realización de actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico ni al desempeño de puestos de trabajo estructurales y permanentes.

No obstante lo anterior, la doctrina se ha mostrado bastante pesimista en este punto hasta el extremo de afirmar que con el actual marco normativo (previo al EBEP) y con la cultura administrativa imperante,

³² Esta propuesta de *lege ferenda* en JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 6.

³³ BEATO ESPEJO, M.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 611. También sobre la confianza entendida como idoneidad objetiva que derive de la aptitud profesional del candidato, CUADRADO ZULOAGA, D.: «Jefaturas de servicio...», *op. cit.*, p. 2444.

³⁴ En este punto seguimos a JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 6.

³⁵ Pueden verse las interesantes reflexiones de MOREY JUAN, A.: «La Función Pública...», *op. cit.*, p. 125 y ss., acerca de la necesidad de que aquellos supuestos en que el nombramiento venga basado en la confianza política o personal queden reservados al personal eventual.

las posibilidades de arribar a un sistema en el que prime la confianza profesional frente a la política en el sistema de libre designación están todavía, desgraciadamente, bastante inexploradas³⁶. Ahora bien, si lo que se detecta es, en buena medida, un problema cultural, falta de cultura que comienza a ser un mal endémico en nuestra sociedad, la solución no está en manos exclusivamente de una reforma normativa sino que el cambio debe hacer variar las conductas y los modos de actuar algo que es, sin duda, mucho más complejo y que necesita un lapso temporal bastante más prolongado.

IV. DE LOS LÍMITES Y RESTRICCIONES A LA LIBRE DESIGNACIÓN

1. Notas definatorias del sistema

Frente a la regulación precedente, carente de un concepto legal de libre designación, avanza ahora en este sentido el EBEP y nos brinda una definición de la que derivan algunas de sus notas esenciales. Al decir del artículo 80, viene a consistir en la apreciación discrecional del órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto, a cuyo efecto podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos.

Puede afirmarse, por tanto, que el sistema gira sobre dos aspectos nucleares: la idoneidad en relación a unos requisitos exigidos para el desempeño del puesto que deberían estar previamente determinados y el margen de discrecionalidad o de maniobra en la designación. Aspectos que, además, aparecen íntimamente unidos y dan lugar a la posibilidad de extraer algunos de los límites y garantías jurídicas que han de presidir la designación.

Como premisa de partida baste señalar que, pese a la práctica instaurada en la libre designación, en apariencia dimanante de su propia denominación, consistente en que quien ha sido designado políticamente designa a su vez libremente a las personas que deben ocupar ciertos puestos que requieren «su» confianza o una especial responsabilidad, sin sujeción a criterios objetivos, donde además la publicidad de la convocatoria, inclusión en la misma de requisitos a cumplir por los candidatos y otros análogos se cumplen exclusivamente «pro forma», el sistema debe respetar unos elementos reglados y unas garantías jurídicas que eviten la implantación de la «dedocracia», la postergación de los

³⁶ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Libre designación...», *op. cit.*, p. 2.

más capacitados y el freno a la carrera profesional de determinados funcionarios no afines.

O lo que es tanto como decir que si bien el sistema está llamado a mantenerse, pues, además, este aspecto no ha sido cuestionado por el legislador del EBEP ni en el propio informe, ni puede prescindir por completo, como hemos apuntado, del mérito y la capacidad, ni puede pasarse por alto la cuestión de sus límites y las garantías jurídicas que han de asistir al funcionario. Por tanto, no cabe más que coincidir con quien señala que en un sistema de función pública profesional, lo que no es de recibo es justificar la práctica intensiva de la libre designación, sin ninguna cortapisa ni criterio corrector³⁷.

Enlazando con el tema de la confianza profesional que acabamos de tratar, vamos a limitar el estudio a dos cuestiones: la discrecionalidad y su alcance y la necesidad de motivar la «idoneidad» del candidato.

2. Sobre el ámbito en que opera la discrecionalidad en la designación

No cabe olvidar que el necesario respeto a los principios de mérito y capacidad, aún moviéndonos en el marco de un sistema de «libre designación» que otorga un amplio margen de maniobra al órgano decisorio o un espacio de poder discrecional, conduce a que no pueda tratarse de un poder omnímodo para decidir lo que se estime más conveniente. Muy al contrario, como se ha sostenido, el acto de designación está sujeto a control jurisdiccional y los Tribunales pueden apreciar la existencia de desviación de poder³⁸. Para el TS³⁹ la discrecionalidad, facultad que se ejerce en el supuesto de libre designación, no ha sido jamás, y menos puede serlo tras la Constitución, la posibilidad de decidir libérrimamente, sin atenerse a ninguna regla o criterio objetivo. Esto último es arbitrariedad, y discrecionalidad y arbitrariedad entrañan conceptos antagónicos.

Sentado lo anterior, es patente que el problema se reconduce ahora a determinar cuál es el ámbito de actuación de la discrecionalidad en la

³⁷ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Libre designación...», *op. cit.*, p. 3.

³⁸ Entre otros, JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Libre designación...», *op. cit.*, p. 5. Por todas, *vid.* STS de 4 de noviembre de 1993 (RJ 8238). Una crítica al escaso uso que hacen los Tribunales de esta técnica de control de la discrecionalidad administrativa en este ámbito en CUADRADO ZULOAGA, D.: «La desviación de poder en los nombramientos de funcionarios por el sistema de libre designación. Análisis de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1 de Valladolid, de 3 de octubre de 2003», en *Actualidad Administrativa*, 2004-1, p. 1424 y ss.

³⁹ STS de 4 de julio de 1986, RJ 4076.

libre designación. En este sentido, no han faltado autores que han considerado que ésta opera «sobre la evaluación y la concurrencia de los méritos pero no sobre la pertinencia de éstos ni la necesidad de que las adjudicaciones de las mismas se produzcan atendiendo este criterio»⁴⁰, afirmación en la que no podemos más que coincidir.

En esta línea, se puede apreciar un avance importante en la regulación contenida en el EBEP, que interpretada a la luz de la doctrina constitucional apuntada no deja mucho lugar a la duda, aunque hubiera sido de agradecer un planteamiento más explícito, a fin de no dejar espacio a interpretaciones interesadas en la línea de las prácticas tan cómodamente instaladas en nuestras Administraciones.

En primer lugar, en el artículo 80.1 EBEP que al definir la libre designación hace una crucial alusión, como hemos visto, a la *idoneidad* del candidato en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto, por tanto, es ésta la que debe marcar la designación, con postergación de otros criterios ajenos a la misma. Idoneidad que ha de basarse en criterios objetivos, donde late una valoración del mérito y la capacidad, excluyendo un criterio de idoneidad subjetivo y carente de motivación racional y objetiva, es decir, arbitrario⁴¹.

En segundo lugar, aspecto que no ha pasado por alto a la doctrina, la discrecionalidad (característica del sistema) se reconoce para «apreciar» dicha idoneidad, es decir, para establecer los criterios, el método, para determinar quién reúne más méritos y capacidad⁴². Una novedad que cabe destacar, pero de cuya eficacia práctica cabe albergar ya ciertas dudas, es la posibilidad de recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos. De esta forma, sin lugar a dudas, se contribuiría a cierta objetivación en la valoración de los méritos de cada uno de los aspirantes y se facilitarían la toma de postura del órgano decisorio acerca de los méritos necesarios para el desempeño de un concreto puesto de trabajo.

⁴⁰ PALOMAR OLMEDA, A.: «Provisión de puestos de trabajo...», *op. cit.*, p. 453.

⁴¹ En la misma línea se movía ya antes del EBEP, MOREY JUAN, A.: «La Función Pública...», *op. cit.*, p. 138.

⁴² Afirmación vertida por PORTA PEGO, B.: «¿El ocaso de la libre designación...?», *op. cit.*, p. 606. En la misma línea, CUADRADO ZULOAGA, D.: «Procedimiento para el nombramiento...», *op. cit.*, p. 474, afirma que existe un inevitable margen de libertad estimativa o libre apreciación no fiscalizable de que dispone la Administración y que está referido a la valoración de los méritos de los distintos aspirantes, pero como necesaria contrapartida existen también unos elementos reglados que los órganos de selección no pueden obviar.

3. La exigencia de motivación

La motivación, como límite a la libre designación, puede venir referida a dos momentos distintos. De un lado, la propia procedencia de la utilización del sistema. Esto es, configurada la libre designación como «no habitual», resulta imprescindible la justificación de la concurrencia en el puesto de trabajo de unas exigencias de responsabilidad o características especiales de las funciones, que no es dable apreciar de modo genérico. En este orden de consideraciones, normativamente ha sido frecuente exigir que en las relaciones de puestos de trabajo⁴³ se especifique la forma de provisión, reservándose la libre designación a supuestos excepcionales debidamente justificados.

El TS⁴⁴ ha venido a afirmar, entre otros rasgos característicos del sistema, que «la decisión de acudir a la provisión por libre designación ha de contar con una motivación suficiente que resulta más obligada, si cabe, en aquellos casos en los que objetivamente no aparece ninguna circunstancia singular, como puede ser el carácter directivo o de confianza o la especial responsabilidad en el puesto a proveer»⁴⁵. Esta exigencia de motivación bastante y suficiente la hemos visto también reiterada en el supuesto de las jefaturas de servicios al que se ha hecho somera alusión *supra*. Para el TS debe justificarse, caso por caso, que, respecto de cada puesto de trabajo cuya provisión se pretende realizar por el procedimiento de libre designación, se dan las circunstancias necesarias, en razón de la naturaleza de su cometido, la dificultad o especial responsabilidad que implica, para apartarse de la regla constituida por el concurso⁴⁶.

De otro, estaría el requisito de motivación de la concreta designación, esto es, en orden a la justificación de la selección de un determinado candidato. De esta forma, pese a hallarnos ante un acto de naturaleza discrecional debe satisfacer una serie de exigencias entre ellas la motivación de la concurrencia de los requisitos contenidos en la convocatoria⁴⁷, aspecto que va a marcar en buena medida la objetividad y el

⁴³ En este sentido, se ha considerado que las relaciones de puestos de trabajo vienen a reforzar los sistemas de garantías del funcionario en tanto suponen mejores expectativas en su carrera administrativa, estableciendo criterios de igualdad y objetividad en orden a la provisión, BEATO ESPEJO, M.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 601.

⁴⁴ Así en STS de 25 de noviembre de 1997 [núm. rec. 485/1992].

⁴⁵ También SSTS de 12 de febrero de 2007 [núm. rec. 6735/2001] y 23 de abril de 2007 [núm. rec. 8012/2003].

⁴⁶ STS de 16 de julio de 2007 [núm. rec. 1792/2004].

⁴⁷ Hasta ahora, el artículo 56 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y la Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, en desarrollo del artículo 20.1.c) de la Ley 30/84, señalaba que los nombramientos de funcionarios en puestos

respeto a los principios constitucionales de la provisión del puesto de trabajo. Lógicamente, la motivación es la que da carta de naturaleza a un posible y más que conveniente ulterior control judicial de la conformidad a Derecho de la decisión adoptada. Y, por ello mismo, puede considerarse como línea fronteriza que separa lo discrecional de lo arbitrario⁴⁸. Y ello porque una cosa es que la discrecionalidad permita que la autoridad, llamada a hacer el nombramiento, para discernirlo, pueda tener en cuenta, en sentido positivo o negativo, circunstancias no prefijadas en la Ley, en función de las cuales el candidato propuesto pueda considerarse idóneo o inidóneo para el cargo, atendiendo incluso a elementos de oportunidad, referibles al momento concreto, y otra distinta que sea el elemento estrictamente subjetivo de la afección o desafección del candidato, sin consideración a su idoneidad o inidoneidad para el cargo, el elemento decisivo⁴⁹. Aspectos que, lógicamente, deben quedar reflejados en la motivación del acto por el que se efectúa la designación.

No obstante, no puede decirse que la trayectoria del TS en este punto haya sido demasiado lineal, más bien al contrario, es dable encontrar importantes vaivenes en su doctrina, caracterizada porque a lentos pero constantes avances hacia el reconocimiento de las posibilidades de control judicial del acto discrecional y la apreciación de desviación de poder, se han sumado retrocesos importantes en los que se ha venido a rechazar el requisito formal de motivación. Con frecuencia ha afirmado que no resulta necesario que la voluntad se exprese previa exposición de los motivos en virtud de los cuales se prefiere una determinada persona. A lo que añade que la apreciación de la confianza, no puede ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada que es, justamente, el fundamento esencial del requisito de motivación⁵⁰. Para el Alto Tribunal⁵¹, la libre designación es un supuesto específico y singular dentro de la categoría general de los actos discrecionales, cuya singularidad descansa en que tales nombramientos se basan en un motivo de confianza, apreciada por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que concurren en el solicitante para llegar a ocupar un puesto o para seguir desempeñándolo. Por ello, no está sometida al requisito formal de hacer una exposición expresa de los motivos

de libre designación se motivarán con referencia al cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria y la competencia para proceder al mismo.

⁴⁸ Entre otros, vid. CORDERO SAAVEDRA, L.: «La "libre designación"...», *op. cit.*, p. 298. También, MOREY JUAN, A.: «La Función Pública...», *op. cit.*, p. 74.

⁴⁹ Argumentación contenida en el voto particular que acompaña a la STS de 11 de enero de 1997 [núm. rec. 424/1995].

⁵⁰ STS de 30 de noviembre de 1999 [núm. rec. 449/1997]. En esta línea, CORDERO SAAVEDRA, L.: «La "libre designación"...», *op. cit.*, p. 303.

⁵¹ Entre otras, SSTS de 11 de enero de 1997 [núm. rec. 424/1995], 13 de junio de 1997 [núm. rec. 697/1994], y 17 de diciembre de 2002 [núm. rec. 1418/2000].

en virtud de los cuales se ha preferido a una persona en lugar de otra, o por los que se ha perdido la confianza en la ya designada.

Sin embargo, con anterioridad había considerado que cabe apreciar la desviación de poder si en la selección de los candidatos se margina el mérito y la capacidad y se frustra el interés público pues ni la discrecionalidad es absoluta ni caben las apreciaciones arbitrarias⁵². Y ello porque la libre designación no atribuye al órgano competente una especie de poder omnímodo para decidir como tenga por conveniente, pues la decisión debe ajustarse en todo caso al interés público que constituye la base y la finalidad de todas y cada una de las potestades administrativas, debiendo respetarse los principios de mérito y capacidad.

Mucho más tajante se ha mostrado el TC, que en su sentencia 235/2000, de 5 de octubre, señala con rotundidad 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 de toda potestad administrativa, con la consecuencia, en todo caso, de la eventual apreciación, con ocasión del oportuno control judicial ex artículo 106.1 CE, del vicio de desviación de poder de constatar una marginación indebida de los principios de mérito y capacidad.

⁵² STS de 4 de noviembre de 1993 [núm. rec. 4274/1991]. Esta cuestión, *in extenso* en MASSANES I CAPDEVILA, J.: «La provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública por libre designación y desviación de poder», en *Anuario de la Fundación Ciudad de Lleida*, núm. 8, 1997, p. 241 y ss.