



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.471>

EL SISTEMA DE LIBRE DESIGNACIÓN COMO FIGURA DE
PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: LÍMITES
JURISPRUDENCIALES Y AUTOLIMITACIONES ADMINISTRATIVAS
EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

*THE FREE APPOINTMENT SYSTEM AS A FORM OF JOB
PROVISION: JURISPRUDENTIAL LIMITS AND
ADMINISTRATIVE SELF-LIMITATIONS IN THE
GENERAL STATE ADMINISTRATION*

JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO¹

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

Recibido: 15/11/2021 Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

La libre designación es un método para la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios de carrera de todas las administraciones públicas en España. Su elemento discrecional ha hecho que se hayan configurado jurisprudencialmente una serie de requisitos y límites para garantizar la validez del uso del mecanismo. A su vez, la legislación permite que el órgano convocante introduzca elementos que moderen la discrecionalidad

¹ Licenciado en Historia (especialidad Historia Contemporánea), Universidad Complutense de Madrid. Diploma en Función Pública por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Estudiante del Grado en Derecho (UNED). Funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. Actualmente, Director General de la Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A., Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

del procedimiento. Se analizan algunos ejemplos en el ámbito de la Administración General del Estado.

Palabras clave: Función pública, funcionarios, derecho administrativo, jurisprudencia.

ABSTRACT

The “free designation” is a method for the provision of job positions selecting between career civil servants in all public administrations in Spain. Its discretionary character led to a jurisprudential definition of some requirements and limits in order to guarantee a proper use of the mechanism. At the same time, the current regulation allows the recruiting body to introduce elements that can moderate the discretionary elements of the procedure. Several examples in the Spanish General Administration will be studied.

Keywords: public Service, civil servants, administrative law, case law.

Sumario: 1. Introducción. 2. El régimen jurídico de la libre designación: insuficiencias e intervención jurisprudencial. 3. Intentos administrativos para objetivar los nombramientos (y ceses) realizados mediante libre designación: el ejemplo de la Administración General del Estado. 3.1 El ejemplo de las limitaciones a la libre designación en el ámbito de la Administración Turística en el Exterior. 3.2. El modelo de la Administración Educativa en el Exterior. 4. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho de la Función Pública², hay pocas instituciones que sean tan cuestionadas como una de sus instituciones más señeras, el procedimiento de provisión de puestos de trabajo para personal funcionario de

2 La complejidad de esta rama del ordenamiento jurídico puede seguirse en Ramón Parada y Jesús Ángel Fuentetaja, *Derecho de la Función Pública*, 2ª Ed., 2019, Civitas-Thompson Reuters, Madrid, pp. 29-31, en Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, 13ª Ed., (Madrid: Tecnos, 2020) 47 y ss o GIL José Antonio Gil Celedonio “Racionalidad jurídica y dispersión normativa: notas sobre el actual régimen jurídico del personal al servicio de las administraciones públicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, nº 31 (2014): 225-238.

carrera mediante libre designación. Las críticas a la figura, cuestionando siempre si no su directa adecuación a los constitucionales principios de igualdad (23.2) y mérito y capacidad (103.3) sí al menos el uso y la práctica que de la figura se hace por parte de las Administraciones Públicas, son numerosas tanto en la doctrina académica como entre el común de los funcionarios públicos. Todo ello en un contexto en el que se la asocia a determinadas tendencias negativas, como el mayor control de la clase política sobre las Administraciones Públicas, esto es, la politización de las estructuras administrativas hasta niveles que van más allá de lo necesario y, normalmente, de lo deseado, incluso por nuevas tendencias en materia de gestión pública como el paradigma del *New Public Management*³.

No debe perderse de vista que, en general, los mecanismos de provisión de puestos de trabajo son parte esencial de la carrera profesional de los funcionarios públicos, aspecto que, en sistemas cerrados como el español, basado fundamental y constitucionalmente en un sistema estatutario de vinculación jurídico-pública del funcionario al poder público que lo nombra y en una vocación, al menos tendencial, de permanencia de este al servicio de la Administración Pública, une los legítimos derechos subjetivos del personal estatutario con las necesidades objetivas de las organizaciones burocráticas. De ahí que la carrera profesional, y, por tanto, sus componentes, deban ser entendidos no solamente de acuerdo con los parámetros subjetivos del personal que se beneficia de ellos conforme a unos criterios legal y reglamentariamente definidos, sino también bajo el prisma de las necesidades organizativas y de gestión de las Administraciones Públicas, que aparecen vinculadas constitucionalmente al principio de eficacia, entre otros, por mor del artículo 103.1 de nuestra vigente Constitución⁴. Es en esta tensión entre las necesidades de la

3 Blanca Olías de Lima, "La evolución de la gestión pública: la Nueva Gestión Pública" en *La nueva gestión pública*, dir. por Blanca Olías de Lima (Madrid: Prentice Hall, 2001), 26 y ss o Laura Román Masedo, "La politización de la administración pública. El concepto y su aplicación al caso de la Administración General del Estado" en *La Administración Pública entre dos siglos: homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, dir. por Manuel Arenilla (Madrid: INAP, 2010): 837-856.

4 Javier Eduardo Quesada Lumbreras, "La articulación de la carrera profesional en clave organizativa", en *Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el bienestar*, dir. Federico Castillo Blanco (Madrid: Iustel, 2017): 193 y ss.

Administración Pública, materializadas a través de la siempre necesaria potestad de auto-organización, reclamada en este caso para tener una mayor autonomía y control de los puestos considerados como relevantes en el organigrama, y los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que informan y modelan la carrera profesional de los funcionarios de carrera, entre la que se mueve, en contornos desdibujados que se van perfilando, la institución de la libre designación. Las alarmas saltan porque, entre las necesidades de la organización correspondiente, y de sus directrices político-democráticas, que requieren de elementos de flexibilidad, y los intereses de los funcionarios, materializados en el derecho a la carrera profesional, la conciliación de estos “vectores” nunca resulta sencilla, y de ahí la indeterminación del modelo⁵. La clave de la cuestión quizá se encuentra, en relación con los sistemas de provisión de determinados puestos que conllevan especial responsabilidad o cualidades, siguiendo a SÁNCHEZ MORÓN, en que

“Un margen de discrecionalidad en la apreciación de la idoneidad para la provisión de aquellos puestos puede ser razonablemente necesario y entiendo que en la mayoría de los casos se hace un uso correcto de tal discrecionalidad de nombramiento, pues a las autoridades y altos cargos les interesa normalmente contar para puestos de responsabilidad o confianza con los funcionarios adecuados. El problema es que con relativa frecuencia las facultades de libre designación se han utilizado y se utilizan por quienes la detentan de manera impropia o desviada”⁶.

La conexión íntima de estos puestos con el derecho a la carrera profesional ha sido objeto de numerosas descripciones, pero podemos quedarnos con la proporcionada por ESCUÍN PALOP, que explicaba que

“...si no hay garantía de ocupar puestos de trabajo especiales no es comprensible la preferencia de los opositores por procedimientos selectivos duros, sabiendo

5 Alberto Palomar Olmeda, “Provisión de puestos de trabajo y movilidad” en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., dir. por Miguel Sánchez Morón (Valladolid: Lex Nova: 2007): 474-475.

6 Miguel Sánchez Morón, “Libre designación y libre cese en la Función Pública: los límites de la discrecionalidad”, *Revista de Administración Pública*, (2011, enero-abril): 11-35.

que a través de la libre designación otros funcionarios que han elegido más razonablemente su medio de acceso, incluso procedentes de otras Administraciones menos rigurosas, van a ocupar puestos de trabajo idénticos o mejores que el suyo⁷.

En un momento como el actual, en el que se exige de las Administraciones Públicas una gran cantidad de respuestas complejas a problemas nuevos, así como actitudes innovadoras e inclusivas, capaces de hacer a vez políticas públicas digitales, que den respuesta a la desafección y que construyan nuevas legitimidades⁸, cualquier visión práctica es perfectamente consciente de que apostar por modelos rígidos al extremo, que impidan desarrollar sistemas de incentivos (positivos o negativos) y apostar por la eficacia y la eficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas es contraproducente y, por tanto, en determinadas posiciones de especial relevancia para la gestión (directiva y predirectiva) de los servicios públicos, es necesario contar con mecanismos ágiles que permitan tomas de decisiones basadas en mérito y capacidad, pero también en conceptos como rendimiento, desempeño, orientación a objetivos, eficacia, entre otras. El problema, por tanto, como en tantas otras ocasiones, es, sobre todo, un problema de límites: se trata de establecer con claridad hasta dónde y cómo se puede llegar, en los organigramas públicos, en una dimensión doble y consecutiva: en primer lugar, qué puestos del total de puestos de trabajo deben ser provistos mediante ese método flexible (concretamente, mediante libre designación), y, en segundo, una vez establecidos aquellos, cómo garantizar que las operaciones de provisión se someten a principios amplios, flexibles y con márgenes de apreciación pero lejos del campo de la arbitrariedad, constitucionalmente vedada para los poderes públicos, en aplicación del artículo 9.3, *in fine*.

De lo primero podría, efectivamente, escribirse mucho, ya que hay grandes disparidades entre lo que por cobertura mediante libre designación se puede

7 Vicente Escuin Palop, "Cuerpos de funcionarios y Ley de Medidas de reforma de la Función Pública", *Revista española de derecho Administrativo*, núm. 48, (1985): 497.

8 Federico Castillo Blanco, "Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?", *Documentación Administrativa*, n. 7 (2020): 15-22 o Manuel Arenilla Sáez, y David Delgado Ramos, "Una nueva función pública que fortalezca la confianza en las instituciones públicas", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 16 (2019) 36-39

entender en diferentes administraciones públicas⁹. No obstante, en el presente estudio nos centraremos en el segundo aspecto, relativo a los límites que se le han aplicado al mecanismo de provisión por libre designación por dos vías, una ajena al ejercicio de la potestad organizativa inherente a las Administraciones Públicas y otra interna a la misma.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LIBRE DESIGNACIÓN: INSUFICIENCIAS E INTERVENCIÓN JURISPRUDENCIAL

Podemos comenzar diciendo que desde la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y las normas reglamentarias que la han venido desarrollando, el sistema de libre designación constituye el modo de provisión de determinados puestos de trabajo dentro de una Administración Pública entre funcionarios de carrera. Bajo el muy evidente título “*normas para objetivar la selección de personal, la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios*”, el Capítulo IV de dicha Ley distinguía entre un mecanismo normal de provisión, el concurso, y la libre designación, limitada entonces a aquellos puestos para los que, en atención a la naturaleza de sus funciones, así se determinase, nombrando expresamente (para el ámbito de la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos, así como las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social) entre estos puestos

9 Así, por ejemplo, hay sustantivas diferencias la extensión del método de provisión que estudiamos entre la Administración General del Estado, que conocemos de primera mano, y lo que se puede observar en otras Administraciones Públicas, como, por ejemplo, la Comunidad de Madrid. Un simple vistazo nos dirá que, por norma general, en la AGE solamente se cubren por libre designación aquellos puestos clasificados con los niveles 30 y 29 y, en muchísima menor medida, algunos puestos clasificados con el nivel 28. Así puede observarse, por ejemplo, en la relación de puestos de trabajo de Organismos Autónomos como la Oficina Española de Patentes y Marcas, el Instituto Nacional de Administración Pública o el Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música. Mientras tanto, en cualquier Subdirección General de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid, todos los puestos clasificados con el nivel 26 o superior son provistos mediante dicho mecanismo. Esto significa que, en una Subdirección General estándar de la Administración General del Estado puede haber entre dos y tres puestos de trabajo cuya provisión se produce por procedimientos de libre designación, mientras que en una Subdirección General de una Consejería de la Comunidad de Madrid el número suele estar entre los 8 y los 12, una diferencia más que apreciable.

los de “*Subdirector general, Delegados y Directores regionales o provinciales, Secretarías de altos cargos*”.

Explicado en otros términos, se trata de un método para distribuir determinados puestos funcionales que se encuentran en los organigramas estructurales de personal de los correspondientes órganos administrativos o de determinados organismos públicos (conocidas técnicamente como “*Relaciones de Puestos de Trabajo*”, introducidas en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 15 de dicha Ley 30/1984 y plenamente en vigor ahora ex artículo 74 de Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante TREBEP) solo y exclusivamente entre aquél personal al servicio de la Administración que tenga la condición de funcionario de carrera, de acuerdo con la división del personal que se establece entre los artículos 8 y 12 del TREBEP. Ello excluye, inmediatamente, dos ideas: 1- Los mecanismos de libre designación no sirven para “introducir” personal externo a las Administraciones Públicas, solamente para promocionar y repartir puestos de trabajo (de especial responsabilidad, conforme a una apreciación hecha en ejercicio de la potestad auto-organizatoria) entre los funcionarios de carrera y 2-El personal denominado erróneamente como “asesores” que, con tanta frecuencia, salta a primera plana de nuestros periódicos, no adquiere su condición con la administración a través de procedimientos de libre designación, ya que se trata, de acuerdo con el artículo 12 del TREBEP, de aquel personal que “*en virtud de nombramiento, y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial*”, y se selecciona a través de un procedimiento que se caracteriza porque el “*nombramiento y cese serán libres*”, por mucho que se venga alertando de su crecimiento exorbitado, especialmente en las Administraciones de carácter autonómico y local¹⁰. Así pues, los procedimientos de libre designación no permiten ni incrementar el volumen de personal ni

10 Dada la extrema arbitrariedad, nunca sujeta al mundo del derecho sino más bien ligada al ámbito de la política, para la provisión de estos puestos de personal eventual en determinados ámbitos, podríamos emplear un giro lingüístico y considerar que dicho personal “a dedo”, sin que se requiera observancia en su nombramiento de mérito o capacidad alguna, es seleccionado de acuerdo con un sistema de “designación libre”, valga el retruécano.

siquiera apoderan al órgano competente para nombrar a quien quiera, ni aún dentro del personal dependiente de la organización administrativa que dirijan, ya que su uso se circunscribe al personal funcionario de carrera y no al resto de personal, de acuerdo con la clasificación que del mismo se hace en el TREBEP. En la actualidad, y de acuerdo con el Boletín Estadístico de Personal al servicio de las Administraciones Públicas, del total de 2.710.405 empleados públicos del total de Administraciones Públicas de nuestro país, solamente 1.444.804 (algo más del 50%) tiene la condición de funcionario de carrera. Como puede observarse, el cerco se va estrechando.

Además, cabe reseñar que se trata de un modo según el cual se distribuyen puestos de trabajo, y no la titularidad de determinados órganos unipersonales que van más allá de los puestos de trabajo corrientes que los funcionarios de carrera en servicio activo pueden ocupar sin salir de tal situación administrativa. A efectos didácticos, podemos mencionar que, de acuerdo con el artículo 55.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, la Administración General del Estado se estructura en órganos superiores (Ministros y Secretarios de Estado) y órganos directivos (Subsecretarios, Secretarios Generales, Directores Generales, Secretarios Generales Técnicos y Subdirectores Generales). La mayoría de los titulares de estos órganos administrativos, en caso de ser funcionarios (cuestión potestativa en el caso de los órganos superiores, forzosa en casi su totalidad para los órganos directivos), pasan a tener la condición de alto cargo, debiendo pasar a la situación administrativa de servicios especiales a partir de un nombramiento que se efectúa a través de una norma jurídica (y no de un simple acto administrativo, como es una resolución por la que se resuelve un procedimiento de libre designación, como luego veremos) como es un Real Decreto del Consejo de Ministros. El nombramiento por parte de un órgano constitucional (como es la máxima expresión colegiada del Gobierno), y su introducción en el tráfico jurídico a través de una verdadera norma de valor reglamentario no regulada por derecho administrativo excluye la consideración de estos nombramientos como equiparables al sistema de libre designación, a pesar de que a veces, coloquialmente, también haya referencias a ello. Con una salvedad: la relevantísima exclusión del artículo 67 de dicha Ley 40/2015, que

establece que los Subdirectores Generales no tendrán la condición de alto cargo, y la apreciación del apartado segundo de dicho artículo, que establece asimismo que serán nombrados y cesados por el Ministro o Secretario de Estado correspondiente. Ello se arbitrará, efectivamente, a través de un sistema de libre designación, como luego podremos analizar. En conclusión: nuestro ordenamiento jurídico-administrativo acota el ámbito de provisión de responsabilidades orgánicas superiores y directivas en el seno de las decisiones político-constitucionales del Consejo de Ministros, lo que, en ningún caso, se trata de libre designación, que sí se aplicará para los Subdirectores Generales, por no tener la consideración de alto cargo¹¹.

Acotado el ámbito de aplicación de la figura, al menos a grandes rasgos, hemos de observar su regulación específica: el artículo 78 del TREBEP configura a la libre designación como uno de los medios posibles de provisión de puestos de trabajo que, en todo caso, habrá de sujetarse a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Algunos aspectos concretos de la figura se especifican en el artículo 80 de dicho cuerpo legal (que es norma básica), que contiene una serie de requerimientos que acotan su uso, puesto que tal modo de provisión no se aplica a todos los puestos de trabajo contenidos en una Relación de Puestos de Trabajo: requiere convocatoria pública; conlleva apreciación discrecional por el órgano competente en relación con los requisitos exigidos para tal cargo; es exclusiva para puestos que requieren especial responsabilidad y confianza y, de igual modo que el nombramiento es discrecional, el cese también lo es.

La evidente indeterminación de buena parte de estos requisitos ha requerido de cierta modulación reglamentaria, a través 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 de Provisión de puestos de trabajo y Promoción profesional de los funcionarios civiles de la

¹¹ Esta figura, plenamente funcional con (no tan) escasísimas excepciones, se encuentra excluida de la aplicación del régimen jurídico contenido en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Administración General del Estado (RD 364/1995). Este RD 364/1995 se aplica solamente a la Administración General del Estado, a la que dedicamos la mayoría de este análisis, si bien buena parte de sus elementos han sido emulados por las regulaciones autonómicas. Baste decir que, para aquellas que no lo hayan emulado a través de sus propias fuentes del derecho, tanto este Real Decreto, como su Real Decreto parejo (el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado) son, de acuerdo con los principios constitucionales en la materia, normas de carácter supletorio.

En este RD 364/1995 se perfilan, entre sus artículos 51 y 58, determinados aspectos sobre este procedimiento de provisión de puestos de trabajo. Lo más relevante del desarrollo reglamentario es que se establece un somero catálogo de puestos que habrán de proveerse mediante tal procedimiento: al listado de puestos ya mencionado se unen aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo. La evidencia salta a simple vista: el catálogo general se cierra con una cláusula tan genérica e indeterminada que, en todo caso, remite a la regulación de cada relación de puestos de trabajo. Como se ha dicho anteriormente, dado que el RD 364/1995 es de aplicación supletoria para las Comunidades Autónomas que no hayan dictado sus propias normas organizativas para su propia Función Pública, la virtualidad directora de este catálogo es prácticamente inexistente, por lo que sucesivas regulaciones autonómicas han ampliado en exceso la cantidad de puestos relacionados con este método de provisión. Este catálogo, no obstante, era inexistente en la Ley 30/1984, que remitía la consideración de la provisión por libre designación a las RPT, cuestión controvertida y eliminada como consecuencia de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987, que lo integró por mor de una modificación operada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Dada la naturaleza de las relaciones de puestos de trabajo, finamente fijada por la jurisprudencia como actos administrativos generales¹², resulta relativamente fácil para una Administración Pública, en ejercicio de su potestad organizatoria, definir los perfiles de los puestos incluidos en las relaciones de puestos de trabajo y, con ello, trazar una línea subjetiva que separe los puestos a ser cubiertos mediante concurso y los puestos cuyo mecanismo de provisión de la libre designación. De ahí que, como se ha dicho, en tanto actos administrativos, su impugnación y, por tanto, la potestad de control sobre este ejercicio de la potestad auto-organizatoria ha podido ser controlado en sede contencioso-administrativa, que ha establecido que corresponde a la propia Administración Pública, una vez superados dichos límites, justificar y probar que determinados puestos son, efectivamente, puestos de carácter directivo o especial responsabilidad (STSS de 31 de julio y 12 de noviembre de 2012, entre otras). La Sala Tercera del Tribunal Supremo lo expresa diciendo 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”¹³.

Pero incluso una vez definidos correctamente los puestos de trabajo para los cuáles se puede recurrir a este mecanismo de provisión, gracias a esta línea jurisprudencial consolidada, surge la siguiente cuestión, y es asegurar que esa “*apreciación discrecional*” que puede ejercitar y ejercita el órgano convocante, de acuerdo con el artículo 80.1 del TREBEP, no solamente no caiga en arbitrariedad, sino que transite por unos límites que hagan a la libre designación compatible con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad ya mencionados. Esto se consigue *ab initio*, al menos desde un punto de vista

12 STS 902/2014, entre otras.

13 STS 5842/2012, Fundamento de derecho 5º.

formal, ya que, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 38 del RD 364/1995, “*las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo, tanto por concurso como por libre designación, así como sus respectivas resoluciones, se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado»*”. Esto garantiza un presupuesto necesario para la igualdad, ya que posibilita que cualquier funcionario de carrera que cumpla con los requisitos del puesto convocado pueda postularse para ocuparlo, obligando al órgano convocante a estudiar su candidatura y méritos. El artículo 52 del mismo Real Decreto establece que, en la convocatoria pública, “*además de la descripción del puesto y requisitos para su desempeño contenidos en la relación de puestos de trabajo, podrán recogerse las especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones encomendadas al mismo*”. No obstante, a pesar de estas puntualizaciones, parece evidente que esta garantía de publicidad de las convocatorias a través de la publicación de los respectivos Boletines Oficiales es bastante para garantizar una igualdad en la postulación a los funcionarios de carrera interesados, pero, por importante que sea, como en tantos otros campos jurídicos, un principio de igualdad formal no garantiza la igualdad material¹⁴. Este mandato de publicidad de las convocatorias no es suficiente para garantizar los constitucionales principios de igualdad, mérito y capacidad, por lo que son otras las consideraciones que el órgano convocante debe aplicar en ejecución de la discrecionalidad que se le atribuye para la apreciación de los méritos y características de los postulantes¹⁵.

Esta discrecionalidad ha sido, igualmente, objeto de una numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha ido acotando las facultades

14 Cabe reseñar aquí que, a fin de garantizar aún más ese principio de publicidad, las resoluciones de los órganos correspondientes de la Administración General del Estado, convocando la provisión de un puesto mediante libre designación, se publican en el Boletín Oficial del Estado los días 1 y 15 de cada mes, salvo que alguno de dichos días sea domingo o festivo (y no haya, por tanto, número del Boletín dicho día), en cuyo caso se publican en el día hábil siguiente. Si bien es cierto que no hay ninguna norma jurídica que sustente esto, esta buena práctica ordena las publicaciones de convocatoria de tal modo que resulta más fácil, en una sola consulta al Boletín Oficial del Estado, ver los puestos convocados.

15 La STC 221/2004 ha hecho hincapié sobre la relevancia de la publicidad de las convocatorias, al establecer que es un requisito básico para la igualdad de oportunidades de los aspirantes, dimensión más específica del derecho a la igualdad del artículo 23.2 de la Constitución (F.J. 4º), haciéndose eco de la relevante Sentencia 235/2000 del mismo Tribunal.

discrecionales del órgano convocante para el nombramiento y, adelantamos ya, para el cese de los funcionarios de carrera en los puestos de libre designación. Esta jurisprudencia ha venido guiada por lo reconocido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 235/2000, de 5 de octubre, en la que, gráficamente, expresaba

“... 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 esencial y el fundamento del ejercicio de toda potestad administrativa”.

Y es que si, como se ha indicado, las potestades de ejercicio discrecionalidad por parte de una Administración Pública, en el seno de las relaciones de sujeción especial que ostentan sobre el personal que a ellas se vincula por mor de un régimen jurídico estatutario, son amplias, no por ello pueden incurrir en cuestiones como la arbitrariedad o la desviación de poder. Siguiendo a SÁNCHEZ MORÓN,

“el reconocimiento de que [había] un elemento de confianza inherente a la libre designación limitada sustancialmente el control de la discrecionalidad en el nombramiento... y justificaba incluso que pudiese dejarse desierta la convocatoria”¹⁶.

Pero, a partir de las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006, cuya línea jurisprudencial fue confirmada posteriormente por muchas otras, a esta capacidad amplia para seleccionar al funcionario que se considere más adecuado para el puesto ha de añadirse la carga de la motivación de dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento y, en segundo lugar, las cualidades o condiciones personales y/o profesionales que han sido tenidas en cuenta en el caso del funcionario seleccionado para apreciar que cumple de mejor manera los criterios anteriormente mencionados que otros candidatos al mismo puesto. Esta construcción jurisprudencial ha rebasado, en

16 Miguel Sánchez Morón, “Libre designación y cese...”, 195.

nuestra opinión, las previsiones normativas relativas a los actos administrativos de nombramiento de funcionarios seleccionados por libre designación.

Si bien es cierto que tanto la motivación de estos actos administrativos viene derivada de forma general por lo reconocido tanto en el artículo 35.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (que referencia al ejercicio de los actos dictados con ocasión del ejercicio de potestades discrecionales) como el apartado segundo de dicho artículo (que habla de los actos que pongan fin a procedimientos de concurrencia competitiva), la motivación de las resoluciones de nombramiento (verdaderos actos administrativos que ponen fin al procedimiento) que exigía (y exige) por la regulación sectorial era más bien esclerótica: el artículo 56 del Real Decreto 364/1995 afirma, en relación a la motivación, que bastaba *“el cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, y la competencia para proceder al mismo.”*. Es decir, la mención a la competencia del órgano convocante (ya sea la que directamente le atribuye la normativa en vigor, ya sea aquella que puede ejercitar a través de cualquiera de los mecanismos de traslación de las competencias que hoy se reconocen en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, muy habituales) y la mera constatación de que el candidato cumplía con los normalmente exiguos requisitos de la convocatoria bastaban. Este criterio del cumplimiento de los requisitos, parece obvio, implica que hay un factor adicional de selección por parte del órgano ya que, por norma general, a un puesto convocado por el procedimiento de libre designación concurrirán un número indeterminado de funcionarios de carrera que, probablemente, cumplan con los *“requisitos y especificaciones”* que la convocatoria asocia al puesto vacante, por lo que, se entendía, entraba en juego el tradicional criterio de la confianza, que ha sido reinterpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con ocasión de múltiples recursos de casación que derivan, a su vez, de procesos contencioso-administrativos comenzados por funcionarios de carrera insatisfechos con la actuación de la Administración Pública convocante, sin que, no obstante, de ello se haya derivado, siquiera indirectamente, la nulidad del precepto

reglamentario anteriormente nombrado, aun cuando reduce la necesaria motivación del acto administrativo singular a una mera apariencia.

La ya nombrada STS de 29 de mayo de 2006, que abordó la cuestión de la apreciación discrecional de los méritos en el ámbito judicial ante la falta de motivación de un nombramiento del Consejo General del Poder Judicial, fue abriendo una brecha en la jurisprudencia hasta el momento que ha venido siendo confirmada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en otras ocasiones: así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009 abordó la falta de motivación en relación con un nombramiento en el seno del Tribunal de Cuentas, en la que, además, se reconoció que el órgano convocante había incurrido en desviación de poder¹⁷. La pieza clave del cambio fue una determinada concepción del criterio de confianza, ya que se pasó de una confianza que se entendía como personal e incluso político-ideológica a una basada en determinaciones de carácter profesional, en tanto profesional es la relación estatutaria que une a los funcionarios de carrera con la Administración Pública a la que están vinculados y en la que prestan servicios continuados de carácter permanente. Entiende el Tribunal Supremo que la vertiente profesional de dicha confianza

“no puede entenderse basada en apreciaciones de oportunidad política, afinidad personal o adscripción ideológica, sino en razones exclusivas de aptitud profesional para el desempeño del puesto... que, en todo caso, deberán ser explicables desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad... entendido el primero en el sentido de valores ya acontecidos y acreditados en el currículum del candidato, y el segundo en el de aptitudes específicas de desempeño eficaz del destino pretendido”¹⁸.

17 Ramón Gil Cremades, “Un giro jurisprudencial histórico: el Tribunal Supremo abandona su doctrina de que en la función pública administrativa no hay que justificar los nombramientos para puestos de libre designación”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. Especial 99-100, (2014), 1547-1576.

18 Ramón Gil Cremades, “Un giro jurisprudencial...”, 1557.

Sigue aquí el Tribunal Supremo lo establecido por el Tribunal Constitucional en la ya nombrada STC 235/2000, que establecería, en relación con los nombramientos mediante libre designación que las modificaciones de la legislación de régimen local consagraron para los funcionarios pertenecientes a los antiguos cuerpos de habilitados nacionales

“...no nos hallamos aquí en presencia de nombramientos para cargos políticos, caracterizados por la libérrima decisión de quien sea competentes... ni ante la designación de personal eventual, calificado... por la confianza o asesoramiento especial de las funciones que pueden encomendársele. La confianza que... puede predicarse de la libre designación, en cuanto modo de provisión entre funcionarios de puestos de trabajo es la que se deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto en los méritos esgrimidos, esto es en su historial funcional”¹⁹.

Esta línea argumental, favorable a los derechos subjetivos de los funcionarios de carrera en el seno de su carrera administrativa, basada, hasta que se desarrolle adecuadamente la carrera horizontal, en la progresión a través del mecanismo de provisión de puestos de trabajo, fue reproducida íntegramente en una Sentencia de la misma Sala de apenas unos días de diferencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre del mismo año 2009, y confirmada por una Sentencia posterior, de 3 de diciembre de 2012, consolidando de esta manera una nueva doctrina que ha servido para acotar no solamente la potestad discrecional de nombramiento, sino, también, entre otras cosas, que la valoración de la autoridad convocante, en la apreciación de esa confianza profesional, puede declarar desiertas las plazas convocadas (STS de 4 de mayo de 2009) y los límites de la potestad discrecional en la remoción o cese de los funcionarios nombrados previamente mediante este método, con toda lógica, puesto que es evidente que es en estos dos momentos del procedimiento en los cuales la discrecionalidad del órgano superior jerárquico se pone de manifiesto con una mayor intensidad.

19 STC 235/2000, F.J. 13º.

Así las cosas, la jurisprudencia consolidada ha insistido en que, de igual modo que debe motivarse objetivamente la selección de un candidato a un puesto de libre designación, el cese del funcionario de carrera previamente nombrado mediante libre designación se produce cuando, a juicio de la autoridad jerárquicamente responsable, dicha confianza (recordemos, de carácter profesional) se pierde. En este caso, la jurisprudencia ha venido a colmar una laguna aún más evidente en el ordenamiento jurídico, ya que, si entendíamos que los requisitos formales de la motivación que expresaba el Real Decreto 364/1995 para los nombramientos por libre designación eran exiguos, los que el artículo 58.1 de dicho Real Decreto plasma en relación a los ceses es, sencillamente, una versión aún más debilitada de la posición del funcionario de carrera, que aumenta de una manera indebida los poderes de la Administración Pública, ya que se reconoce que *“la motivación... se referirá a la competencia para adoptarla”*²⁰.

La revisión contencioso-administrativa de los recursos suscitados con ocasión de ceses de funcionarios de carrera que ocupaban puestos de libre designación ha permitido la adaptación de la línea jurisprudencial antes mencionada a este hecho, controlando la facultad discrecional del cese tanto en términos formales como materiales, yendo más allá de los meros elementos reglados. Así, la apreciación de la falta de idoneidad que ha de anteceder al cese del funcionario se ha sometido a una serie de controles.

La Sentencia de 2798/2019, de 19 de septiembre, dictada en casación para fijar doctrina con ocasión de una Sentencia de la Audiencia Nacional en relación con el cese de un funcionario de carrera en el Consejo de Seguridad Nuclear,

20 El asombro es evidente, ya que, como norma general en el derecho administrativo, solamente el órgano que ostenta una determinada competencia permite que el acto administrativo dictado en aras a dicha competencia sea válido, por lo que, *sensu contrario*, el acto administrativo dictado por un órgano incompetente estará viciado, en unos casos de invalidez absoluta o nulidad (total incompetencia por razón de la materia o del territorio) y en otros de invalidez relativa o anulabilidad y, por tanto, subsanable, (como el caso de incompetencia jerárquica, que es sanable por convalidación de un órgano jerárquicamente superior que ostente la competencia de forma efectiva), tal y como establecen los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Convertir el requisito esencial de validez del acto en la única motivación necesaria del acto supone, en nuestra opinión, una total desnaturalización de ambos elementos.

pretendía fijar el contenido y los límites del deber de motivación que ha de exigirse a los actos administrativos que ordenan el cese y, en su caso, resultaba aplicable la doctrina jurisprudencial consolidada en materia de nombramientos: una interpretación demasiado extensiva de los límites de la libre designación puede desnaturalizar la institución legalmente garantizada, y, por tanto, no debe olvidarse que el principio de inamovilidad de los funcionarios de carrera no se circunscribe a la permanencia en un puesto concreto, aunque el funcionario de carrera nombrado en un puesto de libre designación tiene un interés legítimo de permanencia que contiene en sí mismo el hecho de no ser privado del puesto al margen de previsiones legales. Pero añade que el cese ha de ser igualmente controlable mediante el cumplimiento de una serie de requisitos o elementos formales,

“y a tales exigencias formales cabe añadir la motivación, si bien con la debida modulación... esta motivación debe ciertamente ir más allá de lo previsto en el art. 58.1, párrafo segundo, del RGPPT...Por tanto, al funcionario cesado debe dársele razón de por qué las razones de oportunidad, basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron a su elección, ya no concurren o si concurren, qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese. La razón o razones del cese no serán enjuiciables en lo que tiene de libre apreciación; ahora bien, es exigible que se expliciten evitándose expresiones opacas, estandarizadas, que puedan encubrir una intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección”²¹.

Como puede observarse, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que la decisión por parte del órgano competente relativa al cese del funcionario debe basarse en razones explicitables y objetivas, siempre de índole profesional, que justifiquen la pérdida de idoneidad y confianza. SÁNCHEZ MORÓN explicará que esto es susceptible de suceder en relación a unas circunstancias siempre de índole profesional “*que pueden cambiar por múltiples causas, unas*

21 Fundamento de Derecho Noveno de dicha Sentencia.

*ajenas a la voluntad del interesado, como por ejemplo, la aparición de nuevas exigencias o requerimientos para el desempeño del puesto, y otras no tanto, como su propio comportamiento, dedicación, nivel de compromiso, etc...”*²². Esos motivos, en los que se basa la pérdida de confianza profesional, son los que deben explicitarse como elemento objetivo de la apreciación del órgano puesto que, además, como el resto de la actividad administrativa que tenga repercusiones negativas sobre un derecho subjetivo o un interés legítimo, las razones del cese deben ser conocidas por el funcionario de carrera cesante a fin de que, en su caso, pueda combatirlas.

Este criterio jurisprudencial, que le ha puesto raíles a la facultad discrecional de cese, ha sido perfilado en posteriores Sentencias, como la recentísima STS 1370/2021, de 12 de abril, en la que la Sala Tercera del Alto Tribunal ha retirado la interpretación dada por la sentencia de 2019. En este caso, no podemos dudar de la importancia capital que tiene la jurisprudencia para complementar y colmar las lagunas del ordenamiento jurídico, ya que se ha conformado todo un sistema que viene a complementar la parquedad regulatoria (nada casual, por otra parte) de la figura de la libre designación, tanto en su dimensión legal-básica como en su desarrollo reglamentario, como ya se ha visto.

3. INTENTOS ADMINISTRATIVOS PARA OBJETIVAS LOS NOMBRAMIENTOS (Y CESES) REALIZADOS MEDIANTE LIBRE DESIGNACIÓN: EL EJEMPLO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Más allá de la labor jurisprudencial realizada por el Tribunal Supremo, al amparo siempre de la doctrina constitucional, la legislación reguladora de la libre designación también aporta luces que, en ocasiones, han sido adecuadamente aprovechadas por las Administraciones Públicas para tratar de objetivar los procedimientos de nombramiento (y cese) de los funcionarios de carrera en los puestos de libre designación en las respectivas RPT. Lo han hecho a través

²² Miguel Sánchez Morón, “Libre designación y libre cese...”, 32.

de diferentes instrumentos, en ocasiones inspirados por la opinión de expertos, en otras debido a cuestiones político-administrativas o a la práctica habitual.

El Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado público ya reconocía, en relación con las propuestas para regular en dicha norma la provisión de puestos de trabajo y la movilidad de los funcionarios públicos (se entiende que de carrera), que establecer un sistema justo de provisión de puestos de trabajo es un factor determinante para las expectativas de promoción de funcionarios de carrera y, en consecuencia, se trata de un asunto de gran relevancia para una adecuada implicación, compromiso y motivación de estos. Cabe recordar, en este sentido, que

“la importancia del personal al servicio de las Administraciones Públicas...deriva lato sensu del reconocimiento de que son ellos, en tanto agentes de las organizaciones dotadas de prerrogativas exorbitantes del derecho civil para el cumplimiento de los intereses generales, los que dan cumplimiento tangible a los postulados constitucionales y normativos que sirven de garantía para los derechos (constitucionales y subjetivos) y libertades públicas de los ciudadanos”²³.

Es por ello que la Comisión abordó este asunto desde un punto de vista amplio, indicando que se comprendía que la rigidez del procedimiento de concurso había generado una expansión “inmoderada” del sistema de libre designación, cuyos límites borrosos en la práctica, incluso a pesar de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, ha generado una falta de desconfianza en la fórmula de provisión, que “muchas veces inhibe a candidatos cualificados de participar en procesos de provisión”, lo que, añadimos, genera, sin duda, una pérdida interna de talento que el régimen jurídico de la función pública no debe desconocer²⁴. A fin de solventar este problema, entiende que la Comisión que las líneas regulatorias debe avanzar hacia modelos en los que las funciones de selección interna (aquellas vinculadas no a los procesos selectivos como las oposiciones, sino a los mecanismos de provisión de puestos) de las organizaciones

²³ José Antonio Gil Celedonio, “Racionalidad jurídica y dispersión...”, 228.

²⁴ *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado público*, (Madrid, INAP, 2005), 117 y ss.

públicas se profesionalicen, tecnicándose y residenciándose en órganos de naturaleza colegiada, y se doten de una cierta independencia funcional, que también debe exigirse para las instancias revisoras de las resoluciones que estos potenciales órganos colegiados puedan dictar en ejercicio de sus competencias de reclutamiento. En el caso de los puestos para los que se requiera una cierta intervención de carácter discrecional, la Comisión proponía la posibilidad de que interviniesen para avalar con carácter previo la capacidad de los candidatos, o proponer varios de ellos al órgano competente. Además, se proponía un plazo mínimo, garantizado y, por tanto, previamente conocido, para el desempeño del puesto asignado por libre designación, para evitar toda remoción del puesto que no esté sometido a la concurrencia de unas causas objetivas que tendrían que aplicarse de forma motivada.

Otros expertos del ámbito de la Administración General del Estado opinarán que el principal problema, también de índole práctica, es que la referencias al mérito, la capacidad y la idoneidad quedan vacías de contenido en el actual mecanismo de provisión mediante libre designación, ya que “*no se arbitra ningún mecanismo para la comprobación efectiva de tales méritos*”²⁵. A fin de acreditar la idoneidad de los candidatos, no puede hacerse solamente mediante un juicio abstracto a partir del currículum de los candidatos y, en definitiva, su historial administrativo, sino que, *ex ante*, ha de definirse no ya de forma singularizada para cada convocatoria, como proponen estos expertos, sino que, a nuestro parecer, debería hacerse de manera sistemática a fin de igualar los conocimientos, aptitudes, habilidades y competencias exigibles para puestos análogos, aunque dependan de órganos diferentes. A fin de condicionar las convocatorias de los puestos de libre designación, actos singulares mediante los que se ejecuta en la práctica otros actos generales (las relaciones de puestos de trabajos), la herramienta más adecuada para homogeneizar estas cuestiones serían fuentes de naturaleza reglamentaria. Esto es, sería adecuado que, en el ámbito de la Administración General del Estado, un Real Decreto regulase, en unos

25 Xosé Areses Vidal et al., *Nuevos tiempos para la función pública: propuestas para atraer y desarrollar el talento en la Administración General del Estado* (Madrid: INAP, 2017), 109-110.

términos que permitiesen la homogeneidad, pero con una flexibilidad que permita dar respuesta a diferentes situaciones, los requisitos sustantivos (más allá de los formales, que ya se contienen someramente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público) exigibles para acreditar el mérito y la capacidad con relación a las necesidades de la organización de manera general, ya que no tiene ningún sentido que, para cubrir un puesto de Subdirector General de gestión económico-presupuestaria de un Departamento Ministerial se exijan requisitos y se propongan méritos a valorar que difieren de los reconocidos en la convocatoria de un puesto idéntico de otro Ministerio, cuando las funciones a desempeñar guardan una más que apreciable similitud, que solo se ve perturbada por las específicas legislaciones sectoriales que informan la actividad de cada Departamento Ministerial. Esta ordenación jurídica del asunto tendría más sentido aún si se viese precedida de un ejercicio de reflexión interna de carácter organizativo y estratégico, como a través de un Plan de ordenación de recursos humanos como los reconocidos en el artículo 69.2 del TREBEP, capitaneado por el actual Ministerio de Hacienda y Función Pública, competente para ello²⁶.

Un actual vistazo al TREBEP nos permite observar que, de los planteamientos de la Comisión de Expertos, ninguno fue incluido en la versión el Estatuto aprobado por la Ley 7/2007, al menos no de manera imperativa. Parece evidente que, en ejercicio de las facultades de desarrollo de la legislación básica estatal, las Comunidades Autónomas pueden ser creativas e instar a que sus poderes legislativos desarrollen jurídicamente sistemas similares al planteado por la Comisión, aun cuando el texto del TREBEP no reconozca estas cuestiones. No obstante, el TREBEP deja atisbar una idea relevante en relación con los puestos de libre designación: el apartado tercero del artículo 80 del texto refundido anuncia que *“el órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos.”* Dada esta mención en una fuente de rango legal, se infiere que es perfectamente

²⁶ Precisamente, en dicho artículo 69.2 a) se habla de uno de los conceptos clave para esta homogeneización, como es el de perfil profesional.

posible que, en el marco de un procedimiento de provisión del puesto de trabajo, pueda irse más allá de los informes que se configuran como preceptivos en el artículo 54 del Real Decreto 364/1995.

La amplitud de la fórmula nos permite aventurar que dicha intervención podría ser de múltiples maneras, precisamente (aquí también) en ejercicio de la potestad auto-organizatoria que, en el ámbito de sus competencias, el órgano administrativo convocante puede desplegar. Por ello, el órgano podría recurrir a solicitar un informe a otros órganos ya existentes (por ejemplo, a alguno de los órganos o unidades de la Dirección General de la Función Pública o de otro órgano directivo que se considere especializado en materia de personal), en virtud del principio de colaboración administrativa (si bien es cierto que, sin regulación específica, dicho informe no sería ni preceptivo ni vinculante, y el órgano al que se le solicita no estará obligado a responder); podría constituir, de ser una organización pública de cierto tamaño, un órgano colegiado que tuviese encomendada precisamente la misión de informar los nombramientos, e incluso, aunque esto sería más cuestionable desde un punto de vista de gestión pública, podría externalizarse dicha función mediante la licitación de un contrato de servicios, en los términos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, a fin de que una empresa especializada interviniese elaborando informes o documentos de evaluación de otro tipo que el órgano recibiese y se incorporase al expediente administrativo.

En el ámbito de la Administración General del Estado, existen fórmulas que, en aplicación de las posibilidades que hemos mencionado anteriormente, al menos, han buscado reducir el margen de discrecionalidad con el que actúa el órgano administrativo convocante del puesto, y que dan una clara muestra de la colaboración que se puede dar, en el ámbito de la Función Pública, entre las necesarias previsiones legales (tanto de carácter básico como de desarrollo) y la potestad reglamentaria. Ocurre, fundamentalmente, en un tipo de puestos muy determinados, como son los puestos situados en lo que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, denomina Administración

General del Estado en el exterior o Servicio Exterior del Estado, regulados concretamente en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, que analizaremos como ejemplo regulatorio que va más allá de una buena práctica, ya que esto se ha producido a través de normas jurídicas de carácter reglamentario. Esto tiene un valor evidente para la institucionalización de estos sistemas, ya que la fuerza del reglamento se encuentra en que, a pesar de ser una fuente dictada por la propia Administración que luego dicta actos administrativos de ejecución, esta aparece imposibilitada para no aplicarlo en los casos singularizados en los que le convenga por el señero principio de inderogabilidad singular de los reglamentos (hoy consagrado en el artículo 37.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), mientras que una buena práctica, aunque sea seguida en diferentes resoluciones de convocatoria de puestos, es fácilmente reversible, ya que, según el artículo 35 de la Ley 39/2015 antes mencionada, bastaría con justificar la nueva orientación del acto administrativo que se separe del criterio seguido anteriormente. A esto puede añadirse la complejidad que, hoy en día, tiene, en términos prácticos, tramitar una norma de carácter reglamentario, incluso una Orden Ministerial.

La explicación sobre la institucionalización por vía reglamentaria en los casos de estos puestos de trabajo en el exterior es sencilla, en nuestra opinión: ocupar temporalmente estas responsabilidades (principio esencial que rige para la ocupación de estos puestos) ofrece a un funcionario de carrera la posibilidad de trabajar en otros países, sirviendo al Estado de una manera diferente y conociendo otros países y otras culturas. Además, y quizá no menos importante, los derechos retributivos de personal destinado en la Administración General del Estado en el exterior se ven incrementados, ya que a los conceptos retributivos consustanciales al puesto correspondiente se añaden unos componentes indemnizatorios variables según los módulos de ponderación asignados al país en el que el servicio se preste, regulados *ab initio* en el Real Decreto 6/1995, de 13 de enero, por el que se regula el régimen de retribuciones de los funcionarios destinados en el extranjero, y modificados paulatinamente por Resoluciones de la

Dirección General de Costes de Personal del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Dado que estos puestos aparecen presididos por el principio de ocupación temporal, el sistema de provisión mediante concurso de méritos nunca se ha considerado el adecuado. De ahí que se haya apostado por el mecanismo de la libre designación para proveerlos, en algunos casos con el refuerzo añadido de la reserva de puestos a Cuerpos específicos, como es el caso de los puestos vinculados a la Carrera Diplomática²⁷, o los puestos consignados en las relaciones de puestos de trabajo de las Consejerías y Agregadurías de Economía y Comercio (las conocidas como Oficinas Económicas y Comerciales), que se encuentran bloqueados para la ocupación exclusiva por funcionarios pertenecientes al Cuerpo Superior de Técnicos Comerciales y Economistas del Estado y al Cuerpo de Diplomados Comerciales del Estado, de acuerdo con su normativa reguladora²⁸, en los que, de forma directa o indirectamente, se crea un escalafón que modula la carrera interna de los funcionarios de carrera de estos Cuerpos de conformidad con arreglos corporativos. Esta posibilidad, además, se ve reforzada con lo previsto en el artículo 55 del Real Decreto 364/1995, que, para los funcionarios de carrera que pertenezcan a un Cuerpo con reservas de puesto, se requiere un informe adicional, el del Ministerio al que se encuentre adscrito dicho Cuerpo.

No obstante, existen otros puestos en el exterior en los que, precisamente por no estar cerrados a determinados Cuerpos, la gran cantidad potencial de solicitudes, con la consiguiente igual potencial conflictividad, ha hecho que, en aplicación del sistema de fuentes del Derecho de la Función Pública, se hayan dictado normas de carácter reglamentario para modular las potestades

27 Su regulación y especificidades pueden encontrarse en el Real Decreto 674/1993, de 7 de mayo, sobre provisión de puestos de trabajo en el extranjero y ascensos de los funcionarios de la Carrera Diplomática, que fue derogado por el Real Decreto 638/2014, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Diplomática, pero que volvió a entrar en vigor tras la ser declarado nulo este último por parte del Tribunal Supremo mediante Sentencia de 6 de noviembre de 2017.

28 El artículo 6 del Real Decreto 2827/1998, de 23 de diciembre, de organización, funciones y provisión de puestos de trabajo de las Consejerías y Agregadurías de Economía y Comercio en las Misiones Diplomáticas de España.

discrecionales ejercitadas con ocasión de las convocatorias de provisión de puestos mediante libre designación mediante la incorporación de determinados elementos reglados (unos de carácter procedimental y otros de carácter más bien sustantivo) que tratan de establecer marcos a los que asir la decisión del órgano convocante. Si bien, además de las ya citadas anteriormente, podríamos hacer referencia a algunas más²⁹, dada la extensión de este estudio nos centraremos en dos que, por sus características, resultan especialmente interesantes. Nos referimos a la provisión de puestos de libre designación en las Consejerías de Turismo y de las Consejerías de Educación de las Embajadas y Misiones Diplomáticas de España.

3.1. EL EJEMPLO DE LAS LIMITACIONES A LA LIBRE DESIGNACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN TURÍSTICA EN EL EXTERIOR

El Real Decreto 810/2006, de 30 de junio, de organización, funciones y provisión de puestos de trabajo de las Consejerías de Turismo en las Misiones Diplomáticas de España, en su redacción dada por el Real Decreto 217/2015, de 27 de marzo³⁰, establece un sistema que acota la discrecionalidad del órgano convocante (en este caso, el titular de la Secretaría de Estado de Turismo, a la sazón Presidente del Organismo Autónomo Instituto de Turismo de España, TURESPAÑA), al introducir, en el procedimiento de cobertura de determinados puestos dependientes o vinculados a las Consejerías de Turismo de las Embajadas de España en el exterior.

²⁹ Podrían estudiarse los sistemas del Real Decreto 240/2000, de 18 de febrero, de organización, funciones y provisión de puestos de trabajo de las Consejerías de Finanzas en las Misiones Diplomáticas de España, del Real Decreto 262/2019, de 12 de abril, por el que se establece la estructura de las Consejerías del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en el exterior y se regula la organización, funciones y provisión de puestos de trabajo, o del Real Decreto 1052/2015, de 20 de noviembre, por el que se establece la estructura de las Consejerías de Empleo y Seguridad Social en el exterior y se regula su organización, funciones y provisión de puestos de trabajo, todos ellos sistemas en los que conviven la especialidad de la materia, la existencia de Cuerpos y/o Escalas en la Administración General del Estado que tienen conocimientos específicos sobre dicha materia y sistemas de adscripción abierta a estos puestos, aunque, a veces, con preferencias no excluyentes.

³⁰ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-12690>

Más allá de las menciones a las normas generales para la provisión de puestos mediante libre designación, ya contempladas tanto en el TREBEP como en el RD 364/1995, las particularidades de este procedimiento de resolución de la convocatoria estriban en que se ha introducido un informe, que expresamente se reconoce como preceptivo pero no vinculante, emitido por un órgano colegiado presidido por el Director General de Turespaña, la Comisión Asesora de Destinos en el Exterior de las Consejerías de Turismo. Esta Comisión, que de acuerdo con el tenor literal del artículo 8 del Real Decreto 810/2010 ya mencionado tiene como encargo “asesorar al titular de la Secretaría de Estado de Turismo sobre las propuestas de resolución de las convocatorias para la provisión de puestos de personal funcionario en las Consejerías Españolas de Turismo”, se compone, además de su Presidente, de cinco vocales, todos con rango de Subdirector General, dos de ellos designados por el titular de la Presidencia del Instituto de Turismo de España, entre personal funcionario del organismo, uno designado por el titular de la Subsecretaría de Industria, Energía y Turismo (parte hoy del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo), uno designado por el titular de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, entre su personal funcionario de este órgano directivo y otro designado por el titular de la Dirección General del Servicio Exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (hoy Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación), entre su personal funcionario de este órgano directivo. Actuará como secretario del órgano, con voz y con voto, el titular de la Subdirección General de Gestión Económico-Administrativa y Tecnologías de la Información del Instituto de Turismo España que, en los casos de vacante, ausencia, enfermedad, o cualquier otra causa justificada, podrá ser sustituido por el titular de la Subdirección General Adjunta de Gestión Económico-Administrativa y Tecnologías de la Información. Esta Comisión, órgano colegiado interministerial³¹ (según lo establecido en el artículo 21.1 a) de la

31 A pesar de su naturaleza interministerial, ha de destacarse que, además de tener su Presidente del órgano colegiado el voto de calidad que sirve para dirimir posibles empates, como viene siendo habitual en este tipo de órganos, cuatro de sus siete miembros están estrechamente vinculados a Turespaña, y un quinto es un funcionario de la Subsecretaría del Ministerio al que Turespaña se incardina, a través de la Secretaría de Estado de Turismo. Sin afán de entrar en discutir sobre

Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público), tiene como función elevar una propuesta no vinculante (aunque ha de entenderse que motivada) al titular de la Secretaría de Estado de Turismo sobre, fundamentalmente, aspectos relacionados con el nombramiento y cese de los Consejeros de Turismo en el exterior. Así, el artículo 8.2 de este Real Decreto establece que la propuesta no vinculante versará sobre “*la resolución de las respectivas convocatorias de puestos en las Consejerías Españolas de Turismo*” (o sea, sobre los nombramientos mediante el sistema de libre designación),

“El análisis sobre las propuestas de modificaciones de la presente normativa, a la vista de las especiales características de la acción exterior en materia de turismo y de la heterogeneidad de los países en que tienen su sede las Consejerías Españolas de Turismo” y “La concesión de las prórrogas de los períodos de estancia y los ceses de los funcionarios destinados en las Consejerías Españolas de Turismo previstos en este real decreto, oída la Comisión Técnica de Valoración de las Consejerías Españolas de Turismo”.

El artículo 9 del citado Real Decreto da unas pautas para la elaboración de la propuesta que la Comisión Asesora debe formular, con referencia expresa a los siguientes méritos: servicios prestados, naturaleza y nivel de los puestos o cargos desempeñados, formación y experiencia acreditada en materia turística, idoneidad, preparación técnica y profesional para el adecuado desempeño del puesto en relación con las características de cada destino, el conocimiento de idiomas de la convocatoria, informes anteriores de la Comisión Técnica de Valoración (que luego analizaremos), así como otros requisitos en la convocatoria. Todos estos criterios deberán ser referenciados y valorados, conforme a la documentación presentada por cada candidato en la solicitud, en lo que constituye un claro ejemplo de obligación de motivación de un informe que luego va a influir en el nombramiento de libre designación, tratando así pues de ligarlo objetivamente a unos méritos.

cuestiones más teóricas que reales como la jerarquía propia o impropia a la que estos miembros del órgano podrían obedecer, este aspecto de la pertenencia al mismo es destacable por el cariz y la impronta que, sin duda, podrán imponer en las decisiones del mismo.

Como se puso de manifiesto anteriormente, entra en juego, aparentemente, un segundo órgano colegiado, que, a través de esta mención, parece relacionarse con el primero. Será el artículo 10 de este Real Decreto 810/2010 el que explique que la Comisión Técnica de Valoración de las Consejerías Españolas de Turismo es un órgano colegiado, adscrito igualmente al titular de la Secretaría de Estado de Turismo y compuesta por el Director General del Instituto de Turismo de España (que actúa como Presidente del órgano), dos vocales designados por el titular de la Presidencia del Instituto de Turismo de España, entre personal funcionario del organismo con nivel orgánico de Subdirector General, un vocal más designado por el titular de la Subsecretaría de Industria, Energía y Turismo (hoy Ministerio de Industria, Comercio y Turismo), entre titulares de las subdirecciones generales de ese órgano y el titular de la Subdirección General de Gestión Económico-Administrativa y Tecnologías de la Información que, en los casos de vacante, ausencia, enfermedad, o cualquier otra causa justificada, podrá ser sustituido por el titular de la Subdirección General Adjunta de Gestión Económico-Administrativa y Tecnologías de la Información. Se trata, esta vez, de un órgano colegiado de naturaleza ministerial de los regulados en el artículo 21.1 b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, cuyos miembros, sin demasiada sorpresa, son nombrados por los mismos órganos y con los mismos requisitos que los miembros de la Comisión Asesora de Destinos en el Exterior de las Consejerías de Turismo pertenecientes al Ministerio de adscripción de la Secretaría de Estado de Turismo, por lo que es perfectamente posible que, no habiendo impedimento como tal en la normativa reguladora, sean las mismas personas.

Las funciones de esta Comisión Técnica de Valoración de las Consejerías Españolas de Turismo aparecen reconocidas en el apartado tercero del artículo 10 del Real Decreto 810/2010, y son “*informar a la Comisión Asesora de Destinos en el Exterior sobre la concesión de las prórrogas y los ceses de los funcionarios en las Consejerías Españolas de Turismo*” (es decir, intervenir en las propuestas de mantenimiento en puestos de libre designación o en ceses dando opinión razonada a al otro órgano colegiado), “*valorar el desempeño en el puesto de trabajo de todos los funcionarios destinados en las Consejerías*

Españolas de Turismo en el exterior” (lo que implica emitir un juicio sobre el ejercicio de las funciones de los funcionarios y funcionarias adscritos a los puestos de libre designación de las Consejerías de Turismo y elevarlo), entre otras.

A estas novedades procedimentales se añaden una serie de requisitos subjetivos que deben ostentar aquellos funcionarios de carrera que pretendan ser seleccionados, lo que trata de circunscribir aún más los límites discrecionales de las decisiones de nombramiento por parte de la autoridad convocante. El artículo 7 del Real Decreto 810/2021 establece que, para ser designado como Consejero o como Consejero Adjunto se requiere pertenecer a un cuerpo de la Administración General del Estado clasificado en el Subgrupo A1 (*mutatis mutandis*, debe entenderse, a pesar de que no se mencione expresamente, que las Escalas adscritas al Subgrupo A1 también están incluidas junto a los Cuerpos, puesto que lo contrario vulneraría el principio de igualdad y, además, impediría aplicar adecuadamente en la práctica los principios de mérito y capacidad), lo que significa congelar por vía reglamentaria la posibilidad ordenadora de estos puestos que tienen las relaciones de puestos de trabajo, en tanto instrumentos organizativos que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tienen la condición de actos administrativos³², así como encontrarse, en la fecha de publicación de la convocatoria, en cualquiera de las situaciones administrativas contempladas en el TREBEP, a excepción de las de excedencia voluntaria por interés particular, la excedencia voluntaria incentivada y la suspensión de funciones.

No obstante, no se detiene aquí: el artículo 13 del mismo Real Decreto, al regular plazos máximos de permanencia, establece en su apartado tercero que el funcionario cesado en uno de estos puestos no podrá volver a ser nombrado hasta que haya transcurrido “*un mínimo de tres años continuados en servicio activo en España a contar desde la fecha del cese*”³³. Es decir, el sistema apuesta

³² STS 902/2014.

³³ Parece surgir aquí una incongruencia relevante en el propio texto del Real Decreto. Como se ha visto, el artículo 7 del mismo posibilita que puedan optar a los puestos funcionarios de carrera que estén en situaciones administrativas diferentes a la del servicio activo, pero, al imponer estos tres años continuados “*en servicio activo en España*” está añadiendo una carga injustificada a aquellos funcionarios que se encuentren en otra situación administrativa, que, a los tres años “de espera” de

de forma clara por una rotación con límites en los puestos de Consejero de Turismo en el exterior, lo que añade un requisito limitativo más a las posibilidades de nombramiento del órgano competente (y convocante). A esto hay que sumar un plazo de permanencia tasado de cinco años, con un mínimo de tres años. La relación entre ambos plazos máximos se establece de forma compleja, no directa: el artículo 13 del Real Decreto mandata que dicho periodo de tres años deberá ser prorrogado, a petición del interesado, hasta el máximo de cinco años, entrando ahí en juego el informe de la Comisión Técnica de Valoración. No obstante, en el propio apartado segundo del artículo 13 se recuerda, mediante una remisión al artículo correspondiente del Real Decreto 364/1995 y, curiosamente, sin querer citarlo expresamente, que los ceses de los funcionarios nombrados mediante procedimientos de libre designación son, en fin, discrecionales, con los límites de los que ya se hablase.

El sistema, si se observa en su conjunto, parece, al menos desde un punto de vista formal, coadyuvar al cumplimiento de los principios de igualdad y, especialmente, de mérito y de capacidad en la provisión de estos puestos, ya que, gracias al establecimiento de un listado de méritos a considerar y a la intervención de dos órganos colegiados, con capacidad para emitir informes en los que se valoran estos méritos y otras circunstancias (verdaderos actos administrativos de trámite, en los que expresan un juicio, por seguir la célebre definición de ZANOBINI), la decisión final del órgano convocante se ve precedida de un conjunto de actos y documentos que la informan, lo que posibilita un mejor control *ex post*, ya sea en sede administrativa (a través del correspondiente recurso de

los funcionarios de carrera que se encuentren en servicio activo para poder volver a optar a estos puestos en su carrera administrativa, los demás tendrán que añadir el tiempo que se pase, por ejemplo, en servicios especiales o en otras situaciones administrativas. Este hecho, que puede generar claras desigualdades para el acceso a estos puestos, especialmente para mujeres u hombres que se encuentran transitoriamente en situaciones administrativas vinculadas a los cuidados familiares, puede generar, de ser aplicada de forma taxativa, graves problemas que, sin duda, acabarán en sede judicial. En nuestra opinión, el problema se resolvería eliminando el término “activo” de la expresión, ya que, en el espíritu rotatorio del sistema, lo que parece querer decirse es que los candidatos han de haber pasado tiempo de servicio en España, a fin de no estar permanentemente ocupando puestos en el servicio exterior, con independencia de la situación administrativa en que este tiempo se permanezca, a excepción de las expresamente excluidas por mor del propio artículo 7 del Real Decreto.

reposición, ya que las resoluciones por las que se resuelven las convocatorias, y las convocatorias mismas, agotan la vía administrativa) o en sede contencioso-administrativa (ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo), de darse tales recursos. Para ello, no obstante, se ha articulado un sistema complejo, con la intervención de estos órganos colegiados, en cuya composición sigue teniendo un papel preminente el Organismo Autónomo Turespaña.

3.2. EL MODELO DE LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA EN EL EXTERIOR

De un modo similar al de las ya analizadas Consejerías de Turismo en el exterior, el Ministerio con competencias en materia educativa (en la actual estructura ministerial, el Ministerio de Educación y Formación Profesional) cuenta con una red administrativa en terceros países, que, integrada orgánicamente en las Embajadas o Representaciones Permanentes de España, desempeña un amplio conjunto de acciones, incluida la prestación directa del servicio educativo reglado en países como el Reino Unido, Marruecos, Francia o Colombia, entre otros³⁴. Esta red se basa en las Consejerías de Educación, reguladas estas en el Real Decreto 1138/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Administración del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el exterior. En ellas aparecen tres figuras que, de acuerdo con el propio Real Decreto, son puestos de trabajo incluidos en las respectivas relaciones de trabajo cuya provisión se produce a través de un procedimiento de libre designación. Son los puestos de Consejero, Agregado y Secretario General.

El Capítulo II del Real Decreto 1138/2002 regula las funciones atribuidas a dichos puestos y los requisitos que se añaden para su forma de provisión. En

34 El alcance de estas competencias se sostiene por la reserva competencial a favor de la Administración General del Estado de la educación exterior, en los términos del artículo 149.1.3^a, relativa a las relaciones internacionales, como por lo establecido en el artículo 149.1.3^a, que atribuye competencias para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos, así como normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución. La competencia concreta ha de encontrarse en el artículo 107.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Es por ello que al célebre “territorio MEC”, en referencia a los centros educativos de Ceuta y Melilla, que siguen dependiendo de las autoridades educativas estatales, hay que añadir los centros educativos en el exterior.

relación a los Consejeros de Educación, se establece que serán nombrados y cesados por el titular del Ministerio de Educación y Formación Profesional³⁵, “oído el Ministerio de Asuntos Exteriores³⁶”, de entre aquellos funcionarios de carrera que pertenezcan a Cuerpos o Escalas del actual Subgrupo A1, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos para “*poder ser destinado*”: 1- Estar en situación de servicio activo (se entiende, en el momento inmediatamente anterior al nombramiento, ya que se hace referencia a la posibilidad de ser destinado, no al momento de la solicitud), 2- no haber ocupado un puesto de Consejero de Educación en un plazo mínimo de tres años con anterioridad a la fecha de la convocatoria (de nuevo, un principio limitativo para fomentar el carácter rotatorio de los puestos), 3- acreditar el conocimiento suficiente del idioma o idiomas necesarios para el desempeño del puesto y, lo más llamativo, una antigüedad de tres años en el cuerpo al que pertenezca, si se trata de funcionarios docentes, o, para otro tipo de funcionarios, haber prestado servicios durante el mismo período de tiempo en puestos dependientes del (entonces) Ministerio de Educación, Cultura y Deporte o de las Consejerías con competencias análogas en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

Este último es, sin duda, el requisito más característico de la fórmula de provisión de estos puestos, ya que limita efectivamente el acceso a estos puestos con dos criterios: la mera antigüedad para los funcionarios docentes, en toda su diversidad, pero una antigüedad vinculada a determinados puestos para aquellos funcionarios no docentes. En términos de mérito y capacidad, no obstante, el requisito está alejado de las funciones a desempeñar ya que, imaginemos,

35 En la actualidad, de acuerdo con el Real Decreto 498/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación y Formación Profesional, las convocatorias de libre designación las lleva a cabo el Subsecretario de dicho departamento ministerial.

36 Esta atribución genérica al entonces Ministerio de Asuntos Exteriores tiene difícil articulación por sí misma, ante la ausencia de mención concreta al órgano al que tal solicitud de escucha, previa al nombramiento, debe dirigirse. No obstante, y dado el reparto de competencias entre los órganos del actual Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 644/2020, de 7 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, el órgano al que tal cuestión debería dirigirse, por ser el competente en materia de gestión del personal en el exterior, consideramos que debería ser la Dirección General del Servicio Exterior.

haber ocupado puestos de trabajo el, por ejemplo, la Subdirección General de la Oficialía Mayor o en la Subdirección General de Museos Estatales del entonces Ministerio de Educación, Cultura y Deporte habilitaría el cumplimiento del requisito, a pesar de que, más que probablemente, el desempeño en esos puestos tenga poco o nada que ver con el que se predica de los puestos de Consejero de Educación, mientras que haber sido, durante un tiempo análogo, responsable de una Subdirección General de Relaciones Internacionales en otro Departamento Ministerial o, aun de forma más evidente, haber sido Consejero de Turismo en el exterior, no permitiría cumplir con el requisito, por más que las funciones desempeñadas en dichos puestos sí tienen mucho (muchísimo, en el último caso) que ver con las que se espera que un Consejero en el Exterior desarrolle.

La segunda de las figuras que reconoce el Real Decreto 1138/2002 es la de los Agregados, que dependen del Consejero y serán nombrados y cesarán por el mismo procedimiento establecido para los Consejeros, cumpliendo con los mismos requisitos que para estos, con la salvedad de que el período de vacancia de 3 años entre un puesto y otro debe entenderse referenciado a un puesto análogo anterior, esto es, otro puesto de Agregado.

La tercera de las figuras en relación a la Administración educativa en el exterior es la de los Secretarios Generales, que el artículo 8 del Real Decreto 1138/2002 reconoce como los responsables de la gestión económica y de la coordinación de los servicios administrativos de la Consejería, bajo dirección del Consejero. En este caso, se reconoce de forma expresa que su nombramiento se llevará a cabo mediante el procedimiento de libre designación, pero sin cumplir los requisitos que se configuran para acceder al puesto de Consejero (y, por extensión, al de Agregado), salvo el hecho de no haber desempeñado, en los tres años anteriores, otro puesto de Secretario general de la misma u otra Consejería de Educación. El elemento distintivo de esta figura, que comparte con la de los Agregados, es la de no estar vedado su acceso a funcionarios de carrera pertenecientes a Cuerpos o Escalas del Subgrupo A1, ya que, en la actual relación de puestos de trabajo del Ministerio de Educación y Formación Profesional, puede verse que, de acuerdo al nivel de estos puestos (niveles 26 o 24), se ha optado

por una adscripción indistinta a los dos Subgrupos del Grupo A, esto es, a funcionarios de carrera de los Subgrupos A1 o A2.

El artículo 9 del Real Decreto citado da cierre al sistema al establecer un período máximo de permanencia en los puestos para las tres figuras anteriormente reseñadas: un máximo de cinco años, “sin perjuicio de las facultades de cese discrecional inherentes al procedimiento de libre designación establecido para los mismos”.

En nuestra opinión, el sistema de límites a la discrecionalidad del órgano convocante que se establece en este Real Decreto es susceptible de críticas prácticas de manera evidente. Si bien es cierto que añade requisitos objetivos, como por ejemplo los de carácter temporal, que limitan expresamente la facultad del órgano convocante para nombrar, el sistema se dota de una ostensible capacidad para favorecer a los funcionarios que ya se hayan, por decirlo así, introducido en el sistema de puestos en la Administración educativa en el exterior: de este modo, en aplicación de la regulación antes explicada, la inexistencia de relación previa con la Administración Educativa permite el nombramiento de un funcionario en, por ejemplo, un puesto de Secretario general de una de las Consejerías. Tras el período máximo de permanencia de cinco años ya contemplado, y teniendo en cuenta que la incompatibilidad para un nuevo nombramiento lo es solamente en relación a otro puesto de Secretario general, el mismo funcionario de carrera podrá ser nombrado en un puesto de Agregado y/o Consejero, siempre y cuando cumpla con los requisitos formales del puesto, y luego a la otra categoría de personal restante. Habrían pasado, por tanto, 15 años dedicados al servicio exterior educativo que, en tanto en ningún momento se establece período de permanencia en servicio en España, podría continuarse, siempre y cuando se respete el requisito de no ocupar consecutivamente el mismo tipo de puesto³⁷.

³⁷ Ha habido ejemplos en la práctica, perfectamente compatibles con la aplicación de estas normas.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha visto, el régimen de la provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas se encuentra, diríamos que necesariamente, en una continua búsqueda de un equilibrio entre dos fuerzas centrípetas, el mantenimiento del derecho a la carrera de los funcionarios y las capacidades organizativas y jerárquicas de la organización pública correspondiente, que son difíciles de conjugar. Estas dos cuestiones son evidentes ya desde el propio texto constitucional, ya que las menciones del artículo 103.3 de nuestro texto constitucional tienen que conjugarse con el reconocimiento, explícito y connatural a los sistemas político-constitucionales de la Europa posterior a la Segunda Guerra Mundial, del marco de la dirección gubernamental a la que está sometida la Administración Pública de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución. De ahí que, en nuestra opinión, esta tensión va a seguir vigente, y, dada su imposible resolución en un sentido u otro, lo que debe pretender el ordenamiento jurídico es incorporar mecanismos que permitan que las derivadas de ambos extremos sean compatibles y puedan gestionarse adecuadamente, en aras al interés público y el rol vicarial que tienen las Administraciones Públicas.

La modernización que ha conllevado (al menos en lo estético) la evolución del derecho de la función pública en nuestro país desde la Ley de 1984 ha mantenido la vitalidad de la institución de la libre designación, sin que el legislador, pudiendo hacerlo, haya establecido límites claros en el ejercicio de su poder regulador, quizá por una consciencia de que el sistema, tendente a la rigidez por la apuesta del constituyente por un predominio de la condición funcional de acuerdo con la STC 99/1987, necesite mecanismos de flexibilidad a los que pueda recurrirse, que consideramos necesario. El problema, como en tantas ocasiones, será encontrar la situación en la cual la libre designación funcione con arreglo a unas normas lo suficientemente claras como para permitir su adecuado control, y la figura se encuentre lo suficientemente acotada como para que su uso sea moderado, lo que, como se ha visto, ha sido una labor de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo.

No puede desconocerse, en este sentido, que las Administraciones Públicas deben procurarse una capa dirigente que lidere los grupos de trabajo y organice la gestión de las políticas públicas bajo el poder de dirección política, y pretender que los directivos públicos gestionen las organizaciones sin poder disponer sobre parte de su personal es renunciar a uno de los instrumentos esenciales del principio jerárquico de la organización administrativa³⁸, ni que las Administraciones Públicas, también en otros campos de su actuación, actúan conforme a potestades de naturaleza discrecional que, con arreglo a los principios necesarios en la legislación administrativa, perfilan los límites de la actuación sin desapoderarlas de esta posibilidad de elección.

De ahí que lo relevante sea aprovechar, bajo el principio de contención institucional, los límites que pueden encontrarse para establecer mecanismos que contribuyan a, al menos, hacer que la decisión discrecional se encuentre lo mejor informada posible (sin sacrificar su agilidad) y que luego pueda ser controlada en sus elementos reglados. Algo que, como se ha visto, determinadas Administraciones Públicas han explorado por diversas vías, y se ha añadido a los mandatos básicos que la legislación y su normativa de desarrollo establece. A lo largo del texto, además, se ha apuntado alguna otra vía para conseguirlo, lo que, en nuestra opinión, no solo contribuye a desarrollar en términos de gestión administrativa el espíritu de lo que la jurisprudencia ha ido señalando, sino que permitiría, a la vez, un refuerzo de las capacidades administrativas para cumplir con el necesario principio de eficacia y otorgar legitimidad a unos procesos de selección cuestionados, en muchas ocasiones, por los funcionarios de carrera.

El futuro pasa, siguiendo a QUESADA LUMBREERAS, por dar el salto hacia la profesionalización de la esfera directiva en las Administraciones Públicas, tendencia a la que parecía aproximarse el TREBEP en su redacción original, al reconocer en su articulado la presencia del personal directivo, mediante el establecimiento de un régimen jurídico propio que, aventuramos, sustituiría, en todo o en parte, a los actuales puestos consignados en las relaciones de puestos

38 Juan Lorenzo de Membiela, *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*. (Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2005), 550-551.

de trabajo para su cobertura mediante el mecanismo que hemos analizado³⁹, bajo la base de unos mecanismos competitivos en los, a los necesarios principios de igualdad, mérito y capacidad se añadan otros relacionados con las destrezas, conocimientos y habilidades para gestionar la gestión pública, con posibilidad de evaluación y mediante la definición de unos resultados, que dote de estabilidad a la función a la par que de los adecuados controles.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arenilla Sáez, Manuel y Delgado Ramos, David. “Una nueva función pública que fortalezca la confianza en las instituciones públicas”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 16, (2019): 35-53.
- Areses Vidal, Xose; Blanco Gaztañaga, Carmen; Colmenares Soto, Pedro; Fernández Palomares, Eduardo; Gallego Torres, Ana; Gómez de Villalobos, Gonzalo; Íñiguez Hernández, Sancho; Labrada Tellado, María Luz; Mapelli Marchena, Clara; Pastor Sainz-Pardo, Israel y Souto Alonso, Jorge. *Nuevos tiempos para la función pública: propuestas para atraer y desarrollar el talento en la Administración General del Estado*. Madrid: INAP, 2017.
- Castillo Blanco, Federico. “Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?”. *Documentación Administrativa*, nº 7, (2020): 8-32.
- Escuín Palop, Vicente. “Cuerpos de funcionarios y Ley de Medidas de reforma de la Función Pública”. *Revista española de derecho Administrativo*, nº 48, (1985): 497- 506.
- Gil Celedonio, José Antonio. “Racionalidad jurídica y dispersión normativa: notas sobre el actual régimen jurídico del personal al servicio de las administraciones públicas”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, nº 31, (2014): 225-238.
- Gil Cremades, Rafael. “Un giro jurisprudencial histórico: el Tribunal Supremo abandona su doctrina de que en la función pública administrativa no hay que justificar los nombramientos para puestos de libre designación”. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100 (2014): 1547-1576.

39 Javier Eduardo Quesada Lumbreras, *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*, (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 154 y ss.

- Lorenzo de Membiela y Juan Bautista. *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2005.
- Olías de Lima, Blanca. *La nueva gestión pública*. Madrid: Prentice Hall, 2001.
- Palomar Olmeda, Alberto. “Provisión de puestos de trabajo y movilidad” en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, dirigido por Miguel Sánchez Morón. 478-505. Valladolid: Lex Nova, 2007.
- Parada, Ramón y Fuentetaja, Jesús Ángel. *Derecho de la Función Pública*. Madrid: Civitas-Thompson Reuters, 2019.
- Quesada Lumbreras, Javier Eduardo. “La articulación de la carrera profesional en clave organizativa” En *Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el bienestar*, dirigido por Federico Castillo Blanco. 191-231. Madrid: Iustel, 2017.
- Quesada Lumbreras, Javier Eduardo. *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- Román Masedo, Laura. “La politización de la administración pública. El concepto y su aplicación al caso de la Administración General del Estado”. En *La Administración Pública entre dos siglos: homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, coordinado por Manuel Arenilla Sáenz. 837-859. Madrid: INAP, 2010.
- Sánchez Morón, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. Madrid: Tecnos, 2020.
- Sánchez Morón, Miguel. “Libre designación y libre cese en la Función Pública: los límites de la discrecionalidad”. *Revista de Administración Pública*, (2020): 11-35.

JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO

Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

josea.gilceledonio@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-4564-6481>

