

editorial

En este boletín, además de un interesante comentario jurisprudencial sobre la **provisión de puestos por libre designación**, os ofrecemos el último **Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas** publicado por el MAP, donde encontraréis los datos actualizados a enero de 2009 ([acceso al texto](#)).

legislación

RESOLUCIÓN DE 7 DE MAYO DE 2009, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SOBRE CONSIDERACIÓN COMO SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE ENFERMEDAD COMÚN DE LOS PERÍODOS DE AISLAMIENTO PREVENTIVO SUFRIDOS POR LOS TRABAJADORES COMO CONSECUENCIA DE LA GRIPE A H1 N1 ([acceso al texto](#)).

ORDEN PRE/824/2009, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE PUBLICA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS DE AUSTERIDAD Y EFICACIA EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO ([acceso al texto](#)).

sentencias

LA LIBRE DESIGNACIÓN COMO SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2009, recurso 5098/2005 ([acceso al texto](#)) y de 30 de marzo de 2009, recurso 4188/2005 ([acceso al texto](#))
Comentadas por Josep Aldomà

Estas dos sentencias tratan sobre la motivación de la resolución para proveer determinados puestos de trabajo mediante el sistema de libre designación. En los dos supuestos se produjo una modificación de la RPT en virtud de la cual se establecía el sistema de libre designación para la provisión de determinados puestos de trabajo y, en ambos casos también, el TS anuló la RPT en este extremo al considerar que no se había justificado adecuadamente la aplicación de ese sistema excepcional.

A continuación veremos cómo se concreta la obligación de motivar las resoluciones de aprobación de las RPT en el concreto aspecto de la provisión mediante la libre designación, así como las consideraciones que podemos realizar sobre el acierto de los pronunciamientos judiciales al respecto. Resumiendo, se puede afirmar que la doctrina jurisprudencial asentada en esas sentencias se apoya en los argumentos siguientes:

- **La libre designación es un sistema de carácter excepcional** y, cuando se considere necesario utilizarlo, se debe hacer también excepcionalmente y de forma motivada. **La motivación debe basarse en la naturaleza de las funciones asignadas al puesto** y, mas concretamente, en el carácter directivo o la especial responsabilidad que impliquen.
- **Estos criterios no se pueden presumir en base al nivel de complemento de destino del puesto o a su posición jerárquica** dentro de la estructura orgánica.
- **La motivación debe hacerse caso por caso**, puesto por puesto, de manera suficientemente precisa y particularizada.
- **Debe justificarse en el expediente de aprobación -inicial o de modificación- de la RPT.** No puede derivarse de normas organizativas o de otros instrumentos (si bien sobre este punto la STS de 22 de abril de 2009 deja una puerta abierta).

Todos ellos son criterios sobre los cuales se puede estar de acuerdo, pero que necesitan de una proyección y concreción en cada supuesto; y es entonces cuando surgen discrepancias entre los diferentes pronunciamientos judiciales. Se debe partir de dos consideraciones sobre el marco legal:

1) **La naturaleza del acto o disposición.** En la figura jurídica de la provisión de puestos de trabajo hemos de distinguir tres diferentes aspectos: la delimitación de los puestos de trabajo que pueden proveerse por libre designación, la convocatoria-resolución del proceso i el eventual cese del titular. La aprobación de la RPT, cuando resuelve qué puestos se proveerán mediante este sistema, constituye una manifestación de la potestad auto-organizativa, seguramente la potestad que tiene un mayor grado de discrecionalidad; mientras que los otros dos actos (convocatoria-resolución y condiciones de cese del titular), forman parte del núcleo de la relación estatutaria y están presididos por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, de manera que el grado de discrecionalidad de la Administración es menor.

La jurisprudencia, frecuentemente, no tiene conciencia de la distinción anterior, y traslada la intensidad del control de la discrecionalidad al momento de la aprobación de la RPT y de la decisión de qué puestos se proveerán por este sistema, hasta el punto de transformar una actividad altamente discrecional en una actividad casi reglada.

2) **La legislación básica en esta materia**, a partir de la cual el legislador competente, estatal o autonómico, ha podido desarrollar dos requisitos siguiendo opciones diferentes. En concreto, el art. 20.1 de la *Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública* (LMRFP) establece como requisitos directamente conectados entre sí:

- Un requisito sustantivo o material, según el cual los puestos que se pueden proveer por libre designación se determinarán en atención a la naturaleza de sus funciones.
- Un requisito formal, según el cual dicha determinación se realizará a través de la RPT.

A partir de estas consideraciones podemos abordar una serie de aspectos concretos:

1) En relación al requisito de la naturaleza de las funciones asignadas al puesto, **el legislador estatal lo concreta para la Administración General del Estado y sus organismos públicos, estableciendo que únicamente se podrán cubrir mediante este sistema los puestos de subdirección general, las secretarías de alto cargo y aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad** (art. 20.1.b LMRFP, que no tiene carácter básico). La jurisprudencia se ha mostrado insegura a la hora de aplicar este precepto, pues si bien en ocasiones da a entender que todas las subdirecciones generales se pueden proveer por libre designación por aplicación directa de la ley y que solamente se debería motivar puesto por puesto en "aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad", en alguna ocasión ha afirmado que también es necesaria la motivación para los puestos de subdirección general.

En este sentido el TS ([sentencia de 11 de marzo de 2009, recurso 2332/2005](#)), afirma que **no se puede hacer una atribución generalizada de carácter directivo o de especial responsabilidad a una pluralidad de puestos, sino justificando, puesto por puesto, que en cada uno de ellos se dan las circunstancias necesarias**. De modo que, cuando la LMRFP establece que se pueden proveer por este sistema determinados puestos, no está diciendo que todos los de este tipo, por el simple hecho de serlo, puedan ser provistos de esta forma excepcional. Y es que también respecto de ellos rige que la naturaleza de las funciones comporte el carácter de directivo o especial responsabilidad, así como que se requerirá una motivación más o menos intensa según el puesto (no es lo mismo referirse a un puesto de secretaría de un alto cargo que cuando se trate de una subdirección general).

Es ésta una interpretación restrictiva y no acertada de la ley, ya que el art. 20 LMRFP es suficientemente claro y preciso para no requerir interpretación, y porque toda subdirección general es un órgano directivo según la *Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*. Resulta más acertada la línea jurisprudencial que interpreta que la ley faculta directamente la Administración para proveer estos puestos tipo por libre designación sin necesidad de motivación puesto por puesto, porque ha sido el mismo legislador el que ha presumido que la naturaleza de sus funciones comporta siempre su carácter directivo.

2) Como consecuencia de todo lo anterior se deduciría que **la motivación, de acuerdo con los criterios expuestos, debería aplicarse para el resto de puestos de trabajo, los no especificados en la ley**, y a ellos se deberían referir las consideraciones de los dos apartados siguientes.

3) Cuando la ley afirma que la concreción del sistema de provisión se hará en la RPT, ¿significa ello que la motivación deberá hacerse constar en dicho instrumento formal, o que podrá realizarse en otro documento? **Es razonable exigir que la justificación se realice en el mismo expediente de elaboración de la RPT** (no en el propio instrumento, sino en el expediente administrativo: catálogo o manual de funciones, fichas descriptivas, etc.). Si se lleva a cabo en un expediente diferente, resultaría preciso incorporar la documentación necesaria al expediente de la RPT. Esta posición es la aceptada en general por la jurisprudencia, sin perjuicio de algunas resoluciones particulares que se muestran extremadamente rígidas.

4) **La motivación de la libre designación ha de ser singular, para cada puesto de trabajo, y basada en los criterios de dirección y especial responsabilidad, de manera que no resulta admisible una fórmula genérica sobre el carácter directivo o la especial responsabilidad del puesto** ([STS de 24 de febrero de 2004, recurso 8995/1998](#)). Ni el nivel del puesto ni su posición jerárquica dentro de la estructura organizativa, son razones suficientes para justificar la libre designación ([STS de 30 de marzo de 2009](#)).

Un punto más discutible es el requisito de que dicha motivación sea "suficientemente precisa y particularizada", entendiéndolo como lo hace la STS de 11 de marzo de 2009, según la cual el contenido de la motivación no puede responder en todos los casos al mismo esquema, únicamente alterado por el orden en que se exponen sus elementos: la afirmación del carácter directivo del puesto o de la especial responsabilidad o confianza, la relación de tareas o funciones asignadas, la referencia a la posición dentro de la organización o al requerimiento de determinadas habilidades o aptitudes.