

¿Puede la Administración declarar desierta la convocatoria de provisión de un puesto de trabajo por el sistema de libre designación cuando los candidatos presentados cumplen los requisitos exigidos?. ¿En qué circunstancias esta declaración puede plantear una desviación de poder?.

Antecedente normativo

Cita:

-Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público¹.

1. Planteamiento

Un Ayuntamiento convocó la provisión de un puesto de jefatura por el sistema de libre designación. Se presentó para cubrir la plaza un funcionario de la Corporación que ocupaba otro puesto de trabajo de similares características e idéntico nivel.

El Ayuntamiento declaró desierto la convocatoria de provisión por libre designación y lo justificó en el hecho de que nombrar al candidato presentado para el puesto de trabajo convocado, exigía una reorganización en la estructura municipal y nueva convocatoria para la provisión del puesto vacante, lo que producía un perjuicio.

El aspirante al puesto de trabajo convocado ha presentado recurso de reposición en el que alega que la resolución adoptada es arbitraria e incurre en desviación de poder y solicita que se anule.

El Ayuntamiento ¿está obligado a designar al aspirante que se presenta en una convocatoria como la planteada si cumple los requisitos exigidos?.

2. Consideraciones jurídicas

El artículo 80 del Estatuto Básico del Empleado Público define la libre designación con convocatoria pública del personal funcionario de carrera como aquella que consiste en *“la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.”*

En estos sistemas de provisión es factible declarar desierta la plaza a pesar de que los candidatos presentados cumplan con los requisitos exigidos y ello porque, estos procesos conllevan de forma implícita la confianza de la autoridad competente para efectuar el nombramiento sobre al aspirante que considere. De modo que, tras verificar el cumplimiento de los requisitos relativos al mérito y capacidad exigidos, la Administración puede aplicar criterios de oportunidad, confianza, condiciones de tipo personal para elegir al candidato que considere más

¹ Ley derogada por el 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.

idóneo. El ejercicio de esta potestad discrecional, no obstante, está sometido a control de legalidad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, nos recuerda la sentencia de veintidós de abril de 2015², del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que reproduce el FJ 3 de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1997, afirma que:

“... el nombramiento para cargos de libre designación constituye un supuesto específico y singular dentro de la categoría general de los actos discrecionales, consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza, que solo puede ser apreciado por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que estime que concurren en el solicitante para llegar a ocupar el puesto, o para seguir desempeñándolo, si estima que ya han desaparecido, o se han perdido, a lo largo del desempeño, en cuyo caso, libremente podrá decretar el cese. Y ello sin estar sometido al requisito formal de hacer una exposición expresa de los motivos en virtud de los cuales se ha preferido a una persona en lugar de otra, o por los que se ha perdido la confianza en la ya designada...”

En la libre designación, aclara la Sala 3ª del Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 y 18 de mayo de 2009, 30 de septiembre de 2009 y 25 de marzo de 2010 *“entran en juego elementos discrecionales en la decisión administrativa y, por tanto, abren un escenario cualitativamente distinto al ordinario de los concursos”*.

Ello supone que, en estas convocatorias, puede dejarse desierto el puesto pese a que los candidatos reúnan los requisitos exigidos en ellas, pues lo que se valora *“es su idoneidad para asumir la especial responsabilidad propia de los puestos que se cubren de esta manera”*.

Esta potestad discrecional no exime al órgano decisorio de motivar la resolución mediante la que declara desierto el puesto, a fin de asegurar que en su declaración no ha mediado arbitrariedad.

Se indica en su escrito que en la resolución se alude a la necesidad de proceder a una reorganización en la estructura municipal y nueva convocatoria para la provisión del puesto vacante, lo que obligaría a su cobertura por los sistemas previstos legalmente.

Los motivos aludidos parecen carecer de toda lógica y no se fundamentan en la confianza u otras condiciones personales que, además de los méritos, pueden ser valorados, por ello la resolución puede considerarse arbitraria.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de A Coruña de catorce de octubre de dos mil quince³, en la resolución de un caso muy parecido al planteado considera este argumento de *“fútil, insustancial y vacía de contenido”*, pues si la convocatoria se dirige a los funcionarios de la propia Administración parece lógico que quien se presente y reúna los requisitos exigidos, en caso de resultar elegido,

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sala de lo contencioso-administrativo, sección 2, recurso de apelación 193/2014 (Ref. ROJ STSJ PV 1192/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:1192).

³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de A Coruña, sala de lo contencioso-administrativo, sección 1 (Ref. ROJ: STSJ GAL 7425/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:7425).

dejará su puesto vacante.

En el ámbito de la función pública existe desviación de poder cuando la Administración ha acomodado su actuación a la legalidad formal pero el fin perseguido se aparta del interés general. Así sucede cuando se observa el interés de beneficiar a determinadas personas bien en procesos selectivos, bien en la aprobación de normas o disposiciones.

La doctrina jurisprudencial define la desviación de poder “*como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico*”; sus notas características, recogidas en la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de A Coruña (FJ 2) son:

“a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la Ley (artículo 1-2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y artículo 6 de la Ley 62/78).

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida entre otras en las sentencias de 5 de octubre de 1983 y 3 de febrero de 1984.

c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica en los elementos reglados del acto producido precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma, como reconoce la sentencia de 8 de noviembre de 1978.

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita el análisis de la desviación de poder, de conformidad con las sentencias de 30 de noviembre de 1.981 y 10 de noviembre de 1.983.

e) En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1.249 del Código Civil, y que requieren un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, de los que se deriva la persecución de un fin distinto al previsto en la norma que determina la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la sentencia de 10 de octubre de 1987.

f) La prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión y el artículo 1.214 del Código Civil puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la finalidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal

y hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditación para otra.

g) Finalmente, la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes que vienen declarando reiteradas sentencias de esta Sala (entre otras, las de 6 de marzo de 1992, 25 de febrero de 1993, 2 de abril y 27 de abril de 1993) que insisten en que el vicio de desviación de poder consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1 en relación con el artículo 103 de la Constitución y definido en el citado artículo 83 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, y no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine”.

3. Conclusiones

Aplicada esta doctrina jurisprudencial al caso planteado puede afirmarse la existencia de una desviación de poder pues la declaración del puesto como desierto se apartó de la finalidad de interés general que debió motivarla y, contrariamente, a pesar de que el candidato reunía los requisitos exigidos se le apartó de la selección con argumentos que no se justificaron en la no idoneidad o falta de confianza.