

Luis M^a Reyero de Asteinz, Presidente de la JUNTA DE PERSONAL del EXTINTO MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA, con correo electrónico: junta.personal@minhap.es, con dirección profesional y a efectos de comunicaciones en la Intervención Delegada del FEGA: sita en c/ José Abascal, 4 (Planta 7^a); CP 28003 - Madrid

EXPONE

1º Con una frecuencia alarmante, se aprecia que las **resoluciones de adjudicaciones definitivas** de puestos de personal funcionario publicadas en el BOE, dejan entrever que **los adjudicatarios venían desempeñando con anterioridad el mismo puesto adjudicado**. En tales casos, parece presumible que la única finalidad de la convocatoria posterior publicada en el BOE, fuera el propósito preconcebido de que los funcionarios previa y opacamente ascendidos o trasladados al destino profesional o geográfico ansiado, ganen posteriormente, con carácter definitivo, el puesto que ya disfrutaban.

2º Se advierte un **uso desaforado e injustificado de procedimientos administrativos excepcionales** (fundamentalmente la adscripción provisional, la comisión de servicios y la libre designación), en sustitución del procedimiento ordinario de provisión (el concurso), lo que parece obedecer a las posibilidades que ofrecen las formas extraordinarias para regatear los principios de igualdad, mérito y capacidad.

3º Con base en los motivos anteriores, la Junta de Personal del extinto Ministerio de Economía y Hacienda, **órgano de representación de los funcionarios públicos cuyos miembros pertenecen a distintas secciones sindicales (GESTHA, FEDECA, CCOO, UGT, CSIF y CGT)**, en el ejercicio de las competencias atribuidas por el **artículo 40.1 de la Ley 7/2007**, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, **(letras a y e), ha elaborado y aprobado -por unanimidad-, para su puesta a disposición de todos los trabajadores, el informe siguiente:**

INFORME TÉCNICO-JURÍDICO SOBRE LA PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO ADSCRITOS A FUNCIONARIOS DE CARRERA Y EL DERECHO A PROMOCIÓN PROFESIONAL

La **Junta de Personal**, de conformidad con el **artículo 40.1 de la Ley 7/2007**, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, **tiene reconocida competencia y legitimación** para, entre otras, las siguientes funciones:

- a) ***“Recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento.”***
- e) ***“Vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social y empleo y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas antes los organismos competentes.”***

En particular, a los efectos del presente informe, la Junta de Personal tiene interés, desde la perspectiva de la vigilancia del cumplimiento de las normas que regulan la función pública,

en que la provisión de los puestos de trabajo adscritos a los funcionarios de carrera del Departamento, **respete en cada caso el procedimiento legalmente establecido** que corresponda tramitar, también tiene interés en que **no resulten conculcados los derechos fundamentales de los trabajadores** en abstracto, así como en velar que la Administración use las **potestades y competencias administrativas para los fines públicos para los que fueron otorgadas**, sin incurrir en desviación de poder.

OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE SERVIR CON OBJETIVIDAD LOS INTERESES GENERALES: PROFESIONALIZACIÓN DEL PERSONAL

De acuerdo con los artículos 103.1 de la CE y 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, las Administraciones Públicas deben servir **“con objetividad los intereses generales”** y actuar **“con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”**.

El énfasis de ambas normas por la **objetividad en el servicio de los intereses generales** refleja la línea marcada por la Constitución de 1978, cuyo fin es **someter** cada vez más intensamente al Derecho Público, la **actuación administrativa, limitando y controlando** con la mayor profundidad posible el **ejercicio de las potestades discrecionales**.

Posteriormente, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, introdujo, **como garantía de objetividad** en el servicio de los intereses generales, el **principio de profesionalización** de la Administración General del Estado, en cuya virtud los Subsecretarios y Secretarios Generales Técnicos, en todo caso (artículos 15.2 y 17.3), y los Directores generales, con carácter general (artículo 18.3), habrán de ser nombrados entre funcionarios que ostenten la titulación superior. Además su nombramiento deberá ser acordado atendiendo a **criterios de competencia profesional y experiencia** (artículo 6.10).

La citada Ley consagra, en opinión del Tribunal Supremo (SSTS 06/03/2007, RJ 2007\803; y 11/11/2010, RJ 2010\8285) **“un régimen riguroso de profesionalización de los más altos cargos de la estructura administrativa estatal, por encima de los cuales sólo se encuentran los Secretarios de Estado y los Ministros quienes, dada, su cualidad de miembros de Gobierno (ministros) o de titulares de órganos directamente responsables de la ejecución de la acción de Gobierno (secretarios de Estado), no están, obviamente sujetos a aquellos condicionamientos.”**

En aplicación del principio general o aforismo jurídico **“quien puede lo más puede lo menos”**, cabe interpretar que si los **nombramientos de altos cargos** exigen la acreditación de **competencia y experiencia** (profesionalidad), **con mayor motivo debe reivindicarse** que los nombramientos y la carrera administrativa del **bloque funcional** (que incluye todos los funcionarios que no son altos cargos ni titulares de los órganos directivos relacionados en el artículo 6.2.b) de la Ley 6/1997, es decir, la inmensa mayoría del personal), **obedezca a criterios estrictos de meritocracia**, como **garantía de imparcialidad** en el servicio a los ciudadanos.

En este sentido, el artículo 1.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público recoge entre sus fundamentos de actuación, **“el**

servicio a los ciudadanos y a los intereses generales”; “igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional”; “sometimiento pleno a la ley y al Derecho, igualdad de trato entre mujeres y hombres”, “objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizadas con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera”.

También los artículos 52 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público contienen los deberes, principios éticos y de conducta exigibles a los empleados públicos en el desempeño de las tareas que tengan asignadas. En particular, se obliga a “**velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez ...**”.

La puesta en práctica de los principios que han sido enumerados requiere una Administración nutrida, primordialmente, por **personal de perfil profesional e independiente**, cuya adscripción al catálogo de puestos y unidades administrativas debe tener lugar mediante **mecanismos de selección y promoción objetivos**, es decir, **al margen de criterios de afinidad ideológica, amistad íntima o confianza personal**.

PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS

El artículo 23.2 de la Constitución española reconoce el **derecho fundamental** de todos los ciudadanos de **acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad**, con los requisitos que señalen las leyes, derecho que debe completarse con la exigencia contenida en el artículo 103.3 de que el acceso a la función pública se efectúe de conformidad con los **principios de mérito y capacidad**.

El contenido esencial de este derecho fundamental es la garantía de **igualdad de oportunidades**, así como la posibilidad de acceso a las puestos públicos **sin discriminación alguna** (STC 47/1990, de 20 de marzo), lo que supone que los **procedimientos de selección que preceden a dicho acceso sólo serán legítimos** si van encaminados a constatar el **mérito y capacidad** de los aspirantes, valorándolos de forma adecuada (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; 206/1988, de 7 de noviembre; 67/1989, de 18 de abril; 27/1991, de 14 de febrero, entre otras).

El Tribunal Constitucional viene interpretando extensivamente el **concepto de acceso del artículo 23.2** de la Constitución, comprendiendo **dentro de él también los ascensos**, es decir, la llamada **promoción o carrera profesional**, que debe acomodarse también a los principios de igualdad, mérito y capacidad (por todas, STC 192/1990, de 29 de noviembre).

El desarrollo legal de este derecho fundamental se concreta en la actualidad en la Ley 7/2007, al incluir entre los derechos de los empleados públicos, la **carrera profesional** según los principios constitucionales de **igualdad mérito y capacidad** (artículo 14.c).

Asimismo se subraya en la STC 67/1989, de 18 de abril (BOE de 19/05/1989), que *“del artículo 23.2 de la CE deriva que las reglas del procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas y, entre ellas, las convocatorias públicas de puestos de trabajo, se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas (STC 50/1986 de 23 de abril). Ello significa dar relevancia constitucional a un criterio que venía siendo exigido por la jurisprudencia desde la muy conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1971, que aplicó la teoría de la desviación del poder a un concurso establecido con el **preconcebido propósito** de nombrar a determinada persona”*.

De ahí, que de acuerdo con la STC 148/1986, de 25 de noviembre, sea constitucionalmente inaceptable que *“se produzcan acepciones o pretericiones ad personam en el acceso a las funciones públicas”*. Continúa afirmando la STC 148/1986: *“lo que resultaría **contrario al derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución es cualquier reserva, explícita o encubierta, de funciones públicas ad personam o la adscripción personal a personas individualmente seleccionadas.”***

La misma conclusión se deriva del **uso desaforado e injustificado de procedimientos administrativos excepcionales** (fundamentalmente a través de la libre designación, la adscripción provisional y la comisión de servicios), **en sustitución del procedimiento ordinario de provisión (concurso)**, por las posibilidades que ofrecen para regatear los principios de igualdad, mérito y capacidad. En particular, la **falta de publicidad** de la provisión de puestos mediante **adscripción provisional o comisión de servicios**, dificultan (si no impiden) su control jurisdiccional, de ahí que resulten especialmente atractivas para los responsables de las unidades administrativas, tentados de ejecutar una política de personal a capricho, sin mayores explicaciones, y con una acusada tendencia por rodearse de rostros conocidos. Sin embargo, cabe subrayar que el **principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos** (artículo 9.3 de la CE) prohíbe tal práctica. Además, la obligación constitucional de una administración pública objetiva, independiente y sometida al imperio de la ley, y con vocación de servicio al interés general, justifican la necesidad de interceptar tan indeseables inercias.

Adicionalmente, como derivación del principio de objetividad que afecta a toda actuación de la Administración Pública (artículo 103.1 CE), la STS de 18/01/2012 (RJ 2012\207), enfatiza *“tanto la necesidad de que **toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas”***.

EL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO

El procedimiento es el cauce necesario para la producción de los actos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Ley 30/1992 (LRJAP y PAC): *“**Los actos administrativos se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido**”*. Y añade el apartado 2 del mismo precepto: *“**El contenido de***

los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos.

El **procedimiento administrativo** constituye una **garantía de los derechos de los administrados** frente a las Administraciones Públicas que, recordemos, ***“sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho”*** (artículo 3.1 de la Ley 30/1992, que prácticamente reproduce el artículo 103.1 de la Constitución).

En resumen de lo expuesto hasta aquí, con carácter general, la provisión general de los puestos de trabajo entre el personal funcionario, debe estar orientada al **fin público y a los intereses generales** que tutela la Administración, por lo que debe canalizarse a través del **procedimiento administrativo legalmente previsto**, debiendo respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad, objetividad, concurrencia, transparencia y publicidad. A estos efectos, debe tenerse presente que el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico constituye desviación de poder, esto es, una demostración de arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución.

Por último, indicar que entre los supuestos de **actos nulos de pleno derecho** relacionados en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, se incluyen ***“los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*** (letra e). En tal caso, dentro de la materia que nos ocupa, cabe entender que cuando la Administración se apoya en procedimientos excepcionales, convirtiéndolos en un atajo para lograr que determinadas personas alcancen un ascenso o una movilidad funcional, regateando el procedimiento o la forma de provisión ordinaria prevista legalmente (concurso), se considera que el vicio es de nulidad de pleno derecho. Esto implicaría que **tal acto no sanaría por el mero transcurso del tiempo**, lo que significa que **podría ser objeto de revisión en cualquier momento**, conforme a lo previsto en el **artículo 102 de la Ley 30/1992**.

LOS PROCEDIMIENTOS DE PROVISIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO ADSCRITOS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS: EL CONCURSO FRENTE A LA LIBRE DESIGNACIÓN

De acuerdo con el artículo 20.1.a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, el ***“Concurso: Constituye el sistema normal de provisión y en él se tendrán únicamente en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figurarán los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad”***. Con la Ley 7/2007, de 12 de abril, el **concurso** sigue siendo el ***“procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo”*** (artículo 79.1).

En cuanto a la libre designación, la Ley 30/1984 prevé que sólo ***“podrán cubrirse por este sistema aquellos puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, en atención a la naturaleza de sus funciones”*** (artículo 20.1.b)). Y, la Ley 7/2007 exige la concurrencia acumulada de ***“una especial responsabilidad y confianza”*** (artículo 80.2).

A nivel reglamentario, el artículo 36.1 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 Administración General del Estado, dispone: *“Los puestos de trabajo adscritos a funcionarios se proveerán de acuerdo con los procedimientos de **concurso**, que es el **sistema normal de provisión**, o de **libre designación**, de conformidad con lo que determinan las relaciones de puestos de trabajo en **atención a la naturaleza de sus funciones**.”*

Sintetizando la normativa reseñada puede afirmarse que el **sistema de libre designación** previsto en la Ley difiere de un sistema de libre arbitrio, ya que su perfil viene delimitado por los siguientes elementos:

1. Tiene **carácter excepcional**, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso.
2. Se aplica a **puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones**.
3. **Sólo** entran en tal grupo los puestos de **especial responsabilidad “Y” confianza**.
4. Los puestos de esta categoría deben **identificarse y publicarse a través de la RPT**.
5. Y añadir que una diferencia fundamental frente al concurso, **determinante de la independencia del funcionario público**, consiste en que en los puestos cubiertos por libre designación, **es posible el cese discrecional** en cualquier momento (artículo 57.1 del Real Decreto 364/1995), de ahí el carácter excepcional de esta figura y que sólo quepa para puestos de confianza.

Según el Tribunal Supremo (STS de 24 de mayo de 2012, JUR 2012/194292): *“La **jurisprudencia de esta Sala viene insistiendo en el carácter excepcional** que la Ley asigna a este **sistema de libre designación** y en la necesidad de que cuando se considere necesario acudir a él se haga, también **excepcionalmente**, y **justificando, caso por caso, por qué debe utilizarse** [así se han manifestado, entre otras, la sentencias de 11 de marzo de 2009 (casación 2332/2005), 9 de febrero de 2009 (casación 7168/2004), 10 de diciembre de 2008 (casación 10351/2004), 24 de septiembre de 2008 (casación 5231/2004), 2 de julio de 2008 (casación 1573/2004), 7 de abril de 2008 (casación 7657/2003), 17 de diciembre de 2007 (casación 596/2005), 17 de septiembre de 2007 (casación 5466/2002), 16 de julio de 2007 (casación 1792/2004)]”.*

Asimismo, el Tribunal Supremo (STS de 7 de abril de 2008, RJ 2008\2412) indica, respecto a **quién debe justificar el uso del sistema de libre designación**, lo siguiente:

*“En la Sentencia de 16 de julio de 2007 (casación 1792/2004) hemos reiterado que este procedimiento de la **libre designación** “(...) es efectivamente uno de los sistemas previstos por la Ley 30/1984 para proveer los puestos de trabajo reservados a funcionarios públicos. Así lo dispone su artículo 20.1 b), precepto de carácter básico conforme al artículo 1.3 de ese mismo texto legal (...). La jurisprudencia que ha interpretado este precepto (...) ha sido constante a la hora de recordar el **carácter excepcional** de esta forma de provisión de puestos de trabajo y de **imponer a la Administración la carga de justificar que procedía recurrir a él en cada caso. Son tan numerosas las Sentencias que se pronuncian en ese sentido que **basta con mencionar solamente algunas de las más recientes**, como las de 12***

de marzo de 2007 (casación 1620/2002) y 12 de febrero de 2007 (casación 6735/2001) y 6 de noviembre de 2006 (casación 4576/2001)".

De modo que la **doctrina del Tribunal Supremo** de manera constante, uniforme e inequívoca ha insistido en subrayar el **carácter excepcional que la ley asigna al sistema de libre designación**, frente al concurso de méritos ordinario, lo que se traduce en la **imposición a la Administración de la carga** –cuando, se considere necesario acudir a él, también excepcionalmente-, de **justificar caso por caso** por qué debe utilizarse.

Para que la **justificación** (de excepcionar la regla general del concurso de méritos) **pueda ser considerada suficiente**, se exige **describir las concretas circunstancias y cometidos** concurrentes en el puesto de que se trate, que **permitan valorar si tiene o no el carácter de especial responsabilidad y confianza**, por depender de éstos requisitos la validez del sistema de libre designación, **no bastando fórmulas estereotipadas** o la mera denominación aplicada al puesto. Por tanto, **no sirven meras consideraciones abstractas o genéricos juicios de valor**, debiendo apoyarse en hechos objetivos y concretos. A estos efectos, la STS de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012/4503) aclaró que la provisión de los niveles superiores de la Administración no es motivo suficiente para invocar la libre designación, al señalar que: *"El principal argumento del recurso, como resulta de lo que antes se expuso, es que por tratarse de puestos de nivel 26 a 30 necesariamente han de ser calificados de confianza y asesoramiento. Pero este razonamiento inicialmente no puede ser compartido porque esa calificación ha de resultar de los cometidos y funciones del puesto y no solamente del nivel (como acertadamente ha declarado la sentencia recurrida)."*

Por otro lado, los principios contenidos en el Estatuto Básico del Empleado Público **sólo pueden ser efectivos** (no mera retórica) si los **mecanismos para acceder a los cargos y funciones públicas** (artículo 23.2 CE) **son ecuanímenes** (criterios profesionales y objetivos) y se **blinda** al funcionario del **cese discrecional**. En definitiva, el sistema más óptimo a utilizar es el **procedimiento normal y más objetivo previsto por la legislación** para la provisión de puestos de trabajo: el **concurso de méritos** (caracterizado por la adjudicación de las plazas como consecuencia, más o menos automática, de los méritos puntuables, conforme a unas bases que regulen la convocatoria pública).

Como apunta el **Tribunal Supremo** (SSTS de 16/07/2007, RJ 2007\6783, y 10/12/2008, RJ 2008\8088):

*"Es menester reiterar que únicamente caso por caso y razonándolo, cabe acudir a la libre designación. Es más, ya que el segundo motivo de casación hace alusión a que en la Administración General del Estado determinados puestos se pueden proveer de esa forma, hemos de recordar que para la Ley 30/1984 no es bastante que se trate de uno de ellos. Además, requiere que **así se determine en la relación de puestos de trabajo** y para ello **es necesario que la naturaleza de sus funciones lo permita**, de manera que la Administración ha de poner de manifiesto en la medida necesaria que revisten, por sus cometidos, la condición directiva o la especial responsabilidad que habilitan el procedimiento excepcional.*

*Sentado lo anterior -que excluye que por el mero hecho de encontrarse en un determinado lugar de la organización administrativa un puesto de trabajo sea susceptible de ser provisto por libre designación- no es preciso entrar en el debate sobre si las Jefaturas de Servicio tienen o no carácter directivo. **Lo que debe contar son sus funciones. Son ellas las que** -en la Ley 30/1984 y ahora, en el artículo 80 del Estatuto Básico del Empleado Público- lo atribuyen, del mismo modo que son los cometidos de los otros puestos los que **deben revelar la especial responsabilidad** que les acompaña pero lo uno y lo otro **es preciso explicarlo razonadamente, no siendo suficiente la sola enunciación de sus tareas para acreditarlo.**"*

En consecuencia, **es necesario conocer las funciones** del puesto de trabajo **para poder valorar la corrección jurídica** de la forma de provisión utilizada por la Administración, sobre todo en lo relativo al recurso extraordinario del sistema de libre designación y su control jurisdiccional.

Para conocer las funciones correspondientes a los puestos de trabajo de la RPT, el **Tribunal Supremo aporta** las siguientes **pautas** (SSTS de 10/02/2010, RJ 2010\3860; y de 08/06/2011, RJ 2011\5161):

*"La RPT, en su regulación en el actual artículo 15 de la Ley 30/1984, no es el instrumento formal para la **descripción de las funciones de los puestos de trabajo** y la fuente de conocimiento de esas funciones **ha de buscarse en otros elementos normativos o administrativos.**"*

El Tribunal Supremo precisa -respecto a los elementos normativos que contienen las funciones- que **la definición de las funciones figura en "la adscripción a determinados Cuerpos y especialidades; la normativa reguladora de las funciones correspondientes a unos y otras; la integración dentro de un determinado órgano administrativo y la normativa reguladora de sus competencias; y las órdenes que hayan dictado los titulares de esos órganos en el ejercicio de las **potestades de autoorganización** que tienen reconocidas"**.

Llegados a este punto, cabe destacar la adscripción de determinados Cuerpos especiales de funcionarios al extinto Ministerio de Economía y Hacienda, como por ejemplo, el de Arquitectos de la Hacienda Pública (0605), el Superior de Gestión Catastral (0621), el Superior de Inspectores de Hacienda del Estado (0011), el Superior de Interventores y Auditores del Estado (0012), el Superior de Inspectores de Seguros del Estado (0013), el de Técnicos de Hacienda (0014) y el de Técnicos de Auditoría y Contabilidad (0015), entre otros.

Todos estos Cuerpos de funcionarios, citados a título ilustrativo, tienen en común que, en el momento de ingreso, se exige demostrar el conocimiento de unas materias específicas incluidas en el temario de oposición, como también se requieren habilidades y capacidades técnicas particulares. Dicho de otro modo, los puestos adscritos a los funcionarios pertenecientes a estos Cuerpos especiales, se caracterizan por el empleo de técnicas profesionales regladas (lo que constituye un principio básico en el ejercicio de las correspondientes funciones y competencias). En definitiva, a priori, para todos ellos concurren las notas de **profesionalidad, objetividad, independencia e imparcialidad**

incompatibles con los nombramientos basados en criterios de confianza o cercanía personal (esto es, se oponen a la **libre designación**).

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009 (RJ 2009\7357) determinó que *“es trasladable a estos nombramientos funcionariales por libre designación la doctrina que el Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sentado sobre los nombramientos discrecionales para cargos jurisdiccionales en las **Sentencias de 29 de mayo de 2006** (recurso 309/2004) y 27 de noviembre de 2007 (recurso 407/2006).”*

La citada sentencia de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006\3053) explicita que *“una característica del sistema de libre designación como forma de provisión de empleos y cargos públicos es la confianza personal de quién hace el nombramiento en favor del nombrado, que conlleva la libertad de remoción del así designado, notas éstas que no resultan predicables en modo alguno del puesto del que tratamos, que, muy al contrario, justamente por estar ligado al ejercicio de la función jurisdiccional, con las notas de profesionalidad, independencia e imparcialidad que le son inherentes, no puede caracterizarse como un puesto de confianza personal y presenta un sistema reforzado de garantías de permanencia en el cargo para su titular, que le salvaguarda de eventuales remociones basadas en criterios de oportunidad y sólo permite el cese en casos estrictamente tasados”*.

Sin embargo, pese a todo lo expuesto hasta aquí, se observa que la RPT publicada en la intranet del vigente Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, contiene no en pocos casos la libre designación como forma de provisión de puestos adscritos a personal funcionario. Junto al Catálogo de Puestos de Trabajo publicados, no se acompaña la memoria técnica justificativa de por qué, caso por caso, se sigue el sistema de libre designación en sustitución del concurso. Tampoco a lo largo del Catálogo, cada vez que aparece la mención a la libre designación se contiene alusión alguna a su justificación, por lo que son desconocidas las razones por las que la Administración prevé la libre designación como sistema de cobertura, que como ha quedado acreditado, tiene un carácter excepcional, por lo que cabría considerar que el ejercicio de las potestades de autoorganización por parte de la Administración, es arbitrario e infringe los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución (no existe ni un solo caso en que la citada RPT contenga la acreditación fehaciente de las circunstancias especiales, según exige la normativa expuesta, que justifiquen caso por caso, la provisión por el sistema de libre designación en lugar del concurso de méritos, al contrario, la RPT se caracteriza por la falta de motivación de la concurrencia de dichas circunstancias).

Lo expuesto hasta aquí debería ser motivo suficiente para que la Administración procediera a revisar de oficio sus RPTs, para su adecuación a la legislación vigente.

OTRAS FORMAS DE PROVISIÓN EXCEPCIONALES: LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL Y LA COMISIÓN DE SERVICIOS

Conforme antes se señaló, el artículo 36.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, establece que *“los puestos de trabajo adscritos a funcionarios se proveerán de acuerdo con los procedimientos de concurso, que es el sistema normal de provisión o de libre designación”*.

Sigue indicando que “cuando las necesidades del servicio lo exijan, los puestos de trabajo podrán cubrirse mediante la redistribución de efectivos o por reasignación de efectivos como consecuencia de un Plan de Empleo” (artículo 36.2).

Y por último, el apartado tercero dispone que “**temporalmente** podrán ser cubiertos mediante comisión de servicios y adscripción provisional, en los supuestos previstos en este Reglamento”.

De la dicción de estos preceptos queda patente que el mecanismo ordinario para la provisión de puestos de trabajo lo constituye el **concurso**, canalizándose a través del mismo la voluntad del funcionario para acceder a un puesto de trabajo determinado en el **ejercicio del derecho de promoción profesional**.

Y por otra parte, existen **otros mecanismos de provisión excepcionalísimos**, tal es el caso de la **comisión de servicios**, basada su cobertura en **razones de urgencia e inaplazable necesidad**, o la **fórmula restringida de la adscripción provisional**.

En definitiva, para la cobertura de los puestos de trabajo vacantes debe primar el sistema normal de provisión que es el concurso, sobre el sistema excepcional de la libre designación, así como sobre el resto de formas también excepcionales a las que el propio Reglamento denomina en su “Capítulo IV. Otras formas de provisión” (dentro del Título III “Provisión de puestos de trabajo”), que incluyen la adscripción provisional y las comisiones de servicios.

Además, es importante tener en cuenta que, como bien **conocen los responsables de personal** de los Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas (en adelante, MINHAP), y de Economía y Competitividad (en adelante, MINECO), el ordenamiento jurídico prevé la **publicidad en el Boletín Oficial del Estado** (en adelante, B.O.E.), **únicamente** de las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo, tanto por **concurso** como por **libre designación**, así como sus respectivas resoluciones (artículo 38.2 del Reglamento General de Ingreso de Personal de la Administración, Provisión de Puestos y Promoción).

En cuanto a las restantes formas de provisión (**adscripción provisional, comisiones de servicios, atribución temporal de funciones, ...**), su uso **no se publica en el B.O.E.**, siendo **opacas y desconocidas** por los demás funcionarios aunque igualmente pudieran estar interesados en alguno de los puestos cubiertos por los sistemas no ordinarios.

LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL

La **adscripción provisional** es un mecanismo de provisión de puestos de trabajo, de carácter **temporal y excepcional**, que únicamente podrá ser utilizado en los supuestos previstos expresamente en el artículo 63 del Real Decreto 364/1995, entre los que se encuentra el supuesto de “**remoción o cese en un puesto de trabajo obtenido por concurso o libre designación.**”

Específicamente, el artículo 50.1 del Real Decreto 364/1995 detalla que la remoción del puesto de trabajo por el procedimiento de concurso podrá tener su origen en “una

alteración del contenido del puesto” o “de una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición.”

Asimismo, el artículo 58.2 del Real Decreto 364/1995 establece que *“los funcionarios cesados en un puesto de libre designación serán adscritos provisionalmente a un puesto de trabajo correspondiente a su Cuerpo o Escala no inferior en más de dos niveles al de su grado personal en el mismo municipio, en tanto no obtengan otro con carácter definitivo, con efectos del día siguiente al de la fecha del cese.”*

Por otro lado, teniendo en cuenta el carácter excepcional y tasado de la utilización de la figura de la adscripción provisional, el apartado 2 del artículo 72 del Real Decreto 364/1995 dispone que *“los puestos cubiertos mediante adscripción provisional se convocarán para su cobertura con carácter definitivo por los sistemas previstos en las relaciones de puestos de trabajo. Los funcionarios que los desempeñen tendrán la obligación de participar en las correspondientes convocatorias”*.

La Resolución de 15 de febrero de 1996 (BOE de 23 de febrero), de la Secretaría de Estado para la Administración Pública y de la Secretaría de Estado de Hacienda, señala que la asignación de un puesto de trabajo a quienes procedan de un cese, *“constituye un derecho de los funcionarios afectados ... evitando que puedan producirse periodos de inactividad.”*

Asimismo, el apartado III.1.f) de dicha Resolución determina que *“los puestos asignados con carácter provisional han de tener un complemento específico que deberá ser, al menos, uno de los comprendidos entre los normalizados más frecuentes del nivel y área correspondiente al nuevo puesto de trabajo.”*

En definitiva, la adscripción provisional sirve de garantía del derecho “al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias” de los funcionarios (artículo 14.b) de la Ley 7/2007), que no un sistema de ascenso, de ahí que la citada Resolución indique que el nivel y complemento específico han de ser de los *“normalizados más frecuentes”*, en concordancia con el debido respeto a la promoción profesional conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En síntesis, por lo expuesto hasta aquí, las características definitorias de la adscripción provisional son:

1. Se trata de un mecanismo **excepcional** de provisión de puestos de trabajo, apareciendo en el último lugar de las formas de provisión de puestos de trabajo regulada en el artículo 36 del Real Decreto 364/1995.
2. Sólo procede en los **supuestos tasados** del artículo 63 del Real Decreto 364/1995.
3. Tiene carácter **temporal**. En concordancia la Administración está **obligada a convocar públicamente las plazas cubiertas** por este sistema excepcional.
4. Sirve de garantía del **derecho** de los funcionarios al **desempeño efectivo del puesto de trabajo**.
5. **No es un sistema** alternativo de **ascenso o promoción profesional**, por lo que su utilización no debería soslayar la vigencia de los principios constitucionales de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE, en coherencia los puestos afectados habrán de ser

aquéllos con nivel y específico más frecuentes (en modo alguno debería afectar a los puestos de mayor interés promocional, es decir, no debería alcanzar a los niveles menos frecuentes ni a los complementos específicos más elevados).

No obstante los requisitos jurídicos explicitados que concurren en la adscripción provisional, llama la atención que, con una frecuencia alarmante, las Resoluciones de adjudicaciones definitivas de puestos publicadas en el BOE, dejan entrever que los adjudicatarios venían desempeñando con anterioridad el mismo puesto adjudicado.

En tales casos, parece presumible que la única finalidad de la convocatoria pública fuera el propósito preconcebido, de que los mismos funcionarios que fueron **ascendidos o trasladados al destino profesional o geográfico ansiado, en adscripción provisional (de forma opaca o a dedo), ganen posteriormente, con carácter definitivo, el puesto que ya disfrutaban.**

Esta casuística es especialmente escandalosa cuando se **encadenan artificialmente la adscripción provisional y la libre designación**, puesto que individualmente consideradas, son **formas** de provisión de los puestos de trabajo **de por sí excepcionales.**

LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL EN EL EXTINTO MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA: MENCIÓN A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 04/03/2013

Los **hechos constatados** en la importante -por novedosa y relativamente reciente- **sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013** (RJ\2013\3740), sirven para ponernos en **antecedentes** sobre la **significación de la adscripción provisional** para el extinto **Ministerio de Economía y Hacienda** (origen, en buena parte, de los actuales MINHAP y MINECO).

En síntesis, una **funcionaria del Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado**, que ocupaba el puesto de **Interventora Delegada Adjunta** en la Intervención Delegada del Ministerio de Ciencia y Tecnología (dentro de la Intervención General de la Administración del Estado), fue **cesada** de tal puesto por el **extinto Ministerio de Economía y Hacienda** y **nombrada, en adscripción provisional, "Subdirector Adjunto de la Asesoría Jurídica"** del Departamento 2º de la Sección de Fiscalización del **Tribunal de Cuentas** (este movimiento, a tenor de la información publicada en los Boletines Oficiales, le supuso una mejora económica, al permitirle duplicar el complemento específico que venía percibiendo).

Mediante escrito, de 15 de abril de 2011, la **Presidenta de la Asociación de los Cuerpos Superiores de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas**, en nombre y representación de la misma, **informó tener conocimiento informal del anterior nombramiento y solicitaba información** sobre las circunstancias del mismo, en particular, si se había efectuado en **comisión de servicios o en adscripción provisional**, así como los motivos de urgencia o necesidad que justificaron que no se promoviera una convocatoria pública.

El 17 de junio de 2011, se notificó a la citada Asociación el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas referido al nombramiento opaco del puesto de Subdirector Adjunto de la Asesoría Jurídica, que fue objeto de **impugnación** con fecha 18 de julio de 2011.

En la sentencia **queda probado** que el **Tribunal de Cuentas** emitió una propuesta inicial de nombramiento en **comisión de servicios** (que por otro lado, carecía *“de una mínima motivación que fundamente las razones de urgencia que la justificaran”*). Dicha propuesta se **sustituyó por la adscripción provisional** a raíz de un informe del **Subdirector General del Ministerio de Economía y Hacienda** de fecha 8 de febrero de 2011, *“sin que tampoco en este caso el nuevo nombramiento se ajuste a las previsiones de la normativa”*, como subraya el Tribunal Supremo. Por tanto, en opinión del Tribunal Supremo, no cabía ninguna de las dos opciones.

En particular, la sentencia pone al descubierto que el **uso irregular de la adscripción provisional, a instancia del entonces Ministerio de Economía y Hacienda, consistió** en que la funcionaria de la Intervención Delegada de Ciencia y Tecnología *“fue cesada en el puesto de libre designación que venía ocupando como consecuencia de su nombramiento en adscripción provisional [que estaba siendo pactada entre el Ministerio y el Tribunal de Cuentas], cuando de la regulación que antecede se desprende, efectivamente, que el cese en el anterior puesto de libre designación debe constituir el origen y no la consecuencia que dé lugar a la adscripción provisional en el nuevo destino.”*

El Tribunal Supremo, al percatarse de esta maniobra fraudulenta, **anuló el nombramiento en adscripción provisional, y con ello, quedó sin efecto “la relación de méritos o experiencia acumulada”** en el puesto adscrito al Tribunal de Cuentas.

Por lo que se refiere a la **actuación del extinto Ministerio de Economía y Hacienda**, demostró ser **copartícipe** de la pantomima, y **promotor del uso de la adscripción provisional** como instrumento para obtener un **ascenso opaco y con efectos económicos y administrativos inmediatos**, lo que **permite deducir cuál es el criterio administrativo** al utilizar esta forma de provisión residual.

Esta práctica administrativa supone **una injerencia inaceptable de los responsables de personal** (revelando su propósito, a través de la adscripción provisional, como forma de pre-adjudicación de los puestos de interés funcional) que **adultera los procesos de provisión** de puestos de los funcionarios públicos. Esta maquinación **quiebra los principios de transparencia, buena fe y confianza legítima**, así como las **legítimas expectativas de desarrollo profesional**, o cualquier tipo de movilidad (horizontal, vertical o geográfica).

LA COMISIÓN DE SERVICIOS

El artículo 64 del Real Decreto 364/1995 regula esta figura del modo siguiente:

“1. Cuando un puesto de trabajo quede vacante podrá ser cubierto, en caso de urgente e inaplazable necesidad, en comisión de servicios de carácter voluntario, con un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo.

2. Podrán acordarse también comisiones de servicios de carácter forzoso. Cuando, celebrado concurso para la provisión de una vacante, ésta se declare desierta y sea urgente para el servicio su provisión podrá destinarse con carácter forzoso al funcionario que preste servicios en el mismo Departamento, incluidos sus

*Organismos autónomos, o Entidad Gestora de la Seguridad Social, en el municipio más próximo o con mejores facilidades de desplazamiento y que tenga menores cargas familiares y, en igualdad de condiciones, **al de menor antigüedad.***

*3. Las citadas comisiones de servicios tendrán una **duración máxima de un año prorrogable por otro** en caso de no haberse cubierto el puesto con carácter definitivo ..."*

*5. El **puesto de trabajo cubierto temporalmente**, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del presente artículo, **será incluido**, en su caso, **en la siguiente convocatoria** de provisión por el sistema que corresponda.*

*6. A los **funcionarios en comisión de servicios** se les **reservará el puesto de trabajo** y percibirán la totalidad de sus **retribuciones** con cargo a los créditos incluidos en los programas en que figuren dotados los **puestos de trabajo que realmente desempeñan.***

En resumen, las características definatorias de la comisión de servicios son:

1. Al igual que la adscripción provisional, nuevamente estamos ante un mecanismo **excepcional** de cobertura de vacantes, previsto en el apartado 3º y último del artículo 36 del Real Decreto 364/1995, sobre las formas de provisión de los puestos de trabajo.
2. Debe justificarse que concurre el requisito de **urgente e inaplazable necesidad**.
3. La comisión de servicios presenta dos posibilidades:
 - **Forzosa**. Cuando se trate de puestos que quedaron **vacantes en el último concurso**, es decir, cuando no exista ningún funcionario interesado. Para estos casos, la norma concreta los **criterios objetivos** de selección (proximidad geográfica, menores cargas familiares y **menor antigüedad**).
 - **Voluntaria**. Al contrario que la modalidad forzosa, en este caso, **sí existen funcionarios interesados** y, de hecho, se precisa que el **funcionario involucrado esté conforme** en cubrir la vacante.
4. Como consecuencia del carácter excepcional de la comisión de servicios, es una **solución temporal** con el límite **máximo de 1 año** (prorrogable por otro más). Bien entendido que, en principio, no tiene por qué agotarse, siempre y en todo caso, dicho plazo máximo de 1 año, en la medida que la norma impone la **obligación de incluir esa plaza en la primera convocatoria pública** que se traslade al BOE.
5. La comisión de servicios implica **reserva del puesto de trabajo** anterior del funcionario afectado, por tanto, la **unidad de origen no puede disponer de dicho puesto** para ser cubierto por otro funcionario.
6. La **retribución** que percibe el funcionario en comisión, es la correspondiente al **puesto efectivamente desempeñado**.

Añadir que, una **interpretación sistemática** de las distintas normas que regulan las formas de provisión de puestos de trabajo entre funcionarios públicos, **que permita su recíproca compatibilidad y aplicación**, conducen a considerar que las **comisiones de servicios de carácter voluntario**, que se diferencian de las forzosas en que sí existen funcionarios

interesados en cubrir la plaza en cuestión, **deberían respetar los principios de igualdad de oportunidades y las legítimas expectativas de promoción profesional** de los funcionarios públicos (es decir, en modo alguno se deberían conculcar derechos fundamentales, en particular los previstos en los artículos 14, 23.2 y 24.1 de la CE).

Madrid, a 25 de junio de 2014

A handwritten signature in blue ink, consisting of a long horizontal line followed by a loop and a vertical stroke.

El Presidente de la Junta
Fdo.: Luis M^a Rejero de Asteiza