

JURISPRUDENTZIA JURISPRUDENCIA

César Gallastegi Aranzabal
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto / Deustuko Unibertsitatea
cga@deusto.es

Recibido: 28/10/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Sumario

I. Tipos de empleados: funcionarios interinos y policía local.—II. Requisitos para el acceso al empleo público: altura mínima y género.—III. Requisitos para el acceso al empleo público: titulación de máster.—IV. Procedimiento selectivo: utilización de títex en un examen.—V. Provisión de puestos de trabajo: libre designación y cese.

I. Tipos de empleados: funcionarios interinos y policía local

Como primer tema para esta crónica de jurisprudencia, elegimos uno de los asuntos más destacados de los últimos meses en materia de empleo público. Se trata de la cuestión del desarrollo de la actividad de policía local, con funciones que implican autoridad, en régimen de interinidad. Y es que el Tribunal Supremo, en *sentencia de catorce de junio de 2019* (828/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recurso número 922/2017) estableció que la interpretación literal de la legislación local española conducía a la tajante prohibición de tal práctica.

Poco después, el Tribunal Constitucional, en *sentencia 106/2019, de diecinueve de septiembre de 2019* (cuestión de inconstitucionalidad número 1461-2019), vino a ocuparse de la cuestión y ha declarado que tal prohibición no existe. Por tanto, la doctrina sentada en interés casacional por el Supremo —que actuó como consecuencia de un litigio generado en el País Vasco— ha quedado atajada por el fallo del Tribunal Constitucional. A continuación, desarrollaremos brevemente el tema, para lo cual nos centraremos exclusivamente en el segundo pronunciamiento, el del Tribunal Constitucional.

La intervención del Tribunal Constitucional deriva de la cuestión de inconstitucionalidad entablada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, en relación con la disposición transitoria segunda del Decreto-ley del Gobierno de Illes Balears 1/2017, de 13 de enero (Decreto-ley que modifica la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de ré-

gimen local de las Illes Balears, y la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la función pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y de medidas en materia de coordinación de las policías locales de las Illes Balears) y con el artículo 41 de la Ley del Parlamento de Illes Balears 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears. Se trataba de aclarar si esa normativa autonómica pudiera resultar contraria a los artículos 149.1.1 y 149.1.18 de la Constitución Española, en relación con la regulación contenida en el artículo 92.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, esto es, una norma básica y dictada al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución reserva al Estado. Recordemos, por un lado, que el artículo 92.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), desde 2013, señala que el ejercicio de funciones de autoridad corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera y, por otro, que la legislación balear —como es habitual en el ámbito de la seguridad pública en la administración municipal—, recoge la posibilidad de que sea nombrado personal funcionario interino para el desarrollo de funciones del personal funcionario de carrera. El Gobierno de la Nación y el de la Comunidad autónoma de Baleares defendieron la compatibilidad de los preceptos legales cuestionados con la Constitución, y la fiscal general del Estado y el Sindicato Profesional de Policías Municipales de España la rechazaron.

Según señala el Tribunal Constitucional, todo dependerá de la interpretación del artículo 92.3 LBRL: «Si este precepto se interpreta como una reserva absoluta de determinadas funciones a los funcionarios “de carrera”, con exclusión de los interinos, la norma autonómica cuestionada será inconstitucional, pues regula un procedimiento de selección de funcionarios interinos para el ejercicio de una de estas funciones reser-

vadas, en concreto “funciones públicas que implican el ejercicio de autoridad”. Y continúa: «Por el contrario, si el art. 92.3 LBRL se interpreta como una reserva de esas funciones públicas, entre las que encajan las de la policía local, simplemente a los funcionarios, sin excluir a los interinos, los preceptos autonómicos serán constitucionales» (FJ 6).

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional rechaza que la locución empleada por el artículo 92.3 LBRL —funcionarios de carrera— suponga la prohibición de funcionarios en régimen interino. Para ello, descarta la literalidad absoluta, apoyándose en los antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la figura, y utilizando la lógica y el sentido común. Señala el Constitucional que, por ejemplo, «en el seno de la Ley reguladora de las bases de régimen local, la expresión “funcionarios de carrera” se utiliza como equivalente a la de funcionario público, sin exclusión de los interinos. Así resulta del art. 89, que abre su título VII dedicado al «personal al servicio de las entidades locales», y que no ha sido modificado ni por la Ley del estatuto básico del empleado público de 2007 ni por la Ley 27/2013» o que «la amplitud de las funciones reservadas en este art. 92 a los “funcionarios de carrera” (...) implicaría que una interpretación del mismo como norma prohibitiva del nombramiento de funcionarios interinos para todas esas funciones reservadas impediría no solo el nombramiento de funcionarios interinos para los cuerpos de policía local, sino en general para cualquier cuerpo o escala de las entidades que integran la administración local». En cuanto a los antecedentes: «Ninguna de estas referencias específicas a los funcionarios “de carrera” ha sido interpretada nunca, desde la entrada en vigor de la LBRL en 1985, como una expresa prohibición de nombramiento de funcionarios interinos en la Administración local». Y razonablemente se puede estimar que «una reforma de tanta importancia y trascendencia para el funcionamiento ordinario de los entes que integran la administración local (municipios, provincias e islas, arts. 140 y 141 CE, pero también comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios: art. 3 LBRL) debería venir precedida de informes en la elaboración del anteproyecto de ley, de un amplio debate en la tramitación parlamentaria del proyecto y de disposiciones de derecho transitorio para las vacantes cubiertas por funcionarios interinos en la fecha de entrada en vigor de la reforma. Y debería plasmarse en una norma más clara y terminante» (FJ 9).

En definitiva, por lo que respecta a la normativa balear, «la contradicción entre la norma estatal de contraste y las disposiciones autonómicas cuestionadas no es efectiva e insalvable por vía interpretativa, y en consecuencia que el art. 41 de la Ley 4/2013 y la dis-

posición transitoria segunda del Decreto-ley 1/2017 no son inconstitucionales» (FJ 9). De esta manera, tras unos meses de confusión y planteamiento de alternativas sobre la cuestión, esta ha quedado aclarada: se puede nombrar agentes de la policía local en régimen de interinidad.

II. Requisitos para el acceso al empleo público: altura mínima y género

Como es conocido, entre los requisitos generales para tomar parte en pruebas selectivas se encuentra la capacidad funcional para el desempeño de las tareas, lo que permite incorporar requisitos físicos específicos, como la altura o el estado físico, especialmente en ciertos ámbitos, como el ejército o las fuerzas de seguridad. En este segundo apartado el asunto analizado nos sitúa, en concreto, ante los requisitos de acceso al empleo público y las consideraciones de género.

El Ministerio de Defensa español convocó procesos de selección para el ingreso en centros docentes militares de formación de militares en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas (Resolución n.º 452/38082/2018, de 23 de abril, de la Subsecretaría, Ministerio de Defensa, por la que se convocan procesos de selección para el ingreso en centros docentes militares de formación, mediante las formas de ingreso directo y promoción, para la incorporación como militar de carrera a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas).

Se presenta, al respecto, recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. En definitiva, se dirige tal recurso contra la Base Décima de la Convocatoria, apartado 2.3.3, en lo relativo a la aplicación del Cuadro Médico de Exclusiones recogido en la Orden Pre/2622/2007, de 7 de septiembre, y, en particular, contra el requisito relativo a la altura que debe alcanzar como mínimo cualquier aspirante, independientemente del sexo, fijada en 160 cm en bipedestación. La recurrente entiende que se ha producido una lesión del derecho a la igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo, y solicita que se establezca para las mujeres candidatas la altura mínima de 155 cm. El Ministerio Fiscal insta la estimación parcial del recurso, por entender que la Base de la Con-

vocatoria impugnada (la citada Base Décima, apartado 2.3.3) es nula de pleno Derecho.

Por su parte, la Administración demandada solicita que se declare la inadmisibilidad del recurso, por falta de legitimación activa de la recurrente (ya que no había participado en el proceso selectivo), o, en su defecto, que el mismo se desestime, por entender que de la resolución impugnada no se deriva vulneración alguna de ningún derecho fundamental. En su alegato señala que la resolución por la que se convocan las pruebas de acceso a los centros de formación militar no puede, en virtud del principio de indelegabilidad singular de los reglamentos, ir en contra de la orden que aprueba el cuadro médico de exclusiones aplicable para dicho tipo de procesos de selección. Niega, igualmente, la vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución que la actora imputa a la resolución recurrida, al no constar que haya una decisión administrativa de exclusión de la demandante del proceso selectivo en cuestión. Por último, la demandada afirma, subsidiariamente a lo anterior, que, si lo pretendido es impugnar la legalidad de la Orden Ministerial de 7 de septiembre de 2007, la Sala carecería de competencia objetiva para conocer de tal pretensión.

El Tribunal Superior de Madrid, en su *sentencia de cuatro de marzo de 2019* (97/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, recurso número 287/2018) estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo y declara la nulidad de la convocatoria en la parte del cuadro médico de exclusiones que exige una altura mínima de 160 cm a todos los aspirantes sin distinción de sexo. Después de reconocerle a la actora legitimación activa, el tribunal señala que la aplicación de los preceptos constitucionales y legales, así como la jurisprudencia, les conduce a tal decisión. Concretamente, «esta causa de exclusión desconoce, a juicio de esta Sala, la realidad morfológica del ser humano, que, en función del sexo, suele mostrar que el hombre, por regla general, es más alto que la mujer, lo que, sin necesidad de mayor razonamiento, permite afirmar que, en comparación entre ambos sexos, a priori, habrá más hombres que mujeres que superen el 1,60 m de estatura. Éste, para la Sala, es un hecho notorio que, por tanto, no precisa de prueba alguna a tenor de lo dispuesto en el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si la regla general es que, por naturaleza, hay más hombres que mujeres que superen el 1,60 de estatura, en una convocatoria como la que aquí nos ocupa el resultado será que habrá más posibilidades de que las mujeres aspirantes sean finalmente excluidas por no cumplir este concreto requisito y que, en consecuencia, en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas

Armadas haya siempre más hombres que mujeres, tan sólo porque aquéllos, por su propia constitución y morfología, suelen ser más altos que éstas» (FD 6), todo ello sin que la Administración hubiera ofrecido en la disposición aplicable ningún argumento que pudiera justificar el requisito en la manera en que se exigía. Por tanto, «constituye a juicio de la Sala un paradigma de discriminación indirecta —de la mujer, en este caso— que resulta contrario al principio de igualdad consagrado, con carácter general, en el artículo 14 de la Constitución; en particular, en el artículo 23.2 de la misma cuando de lo que se trata, como aquí, es del acceso al empleo público, en este caso, a la carrera militar» (FD 6). Esta conclusión tiene su apoyo, según señala el tribunal, en la Sentencia de 18 de octubre de 2017 (Asunto C-409) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que declaró que el requisito de una estatura mínima común a hombres y mujeres para el acceso a una Escuela de Policía en Grecia era discriminatorio. Lo que no hace el Tribunal Superior de Justicia de Madrid es fijar cuál debe ser la talla mínima exigible a las aspirantes del sexo femenino. Y en cuanto a la Orden PRE/2622/2007, el tribunal prevé plantear cuestión de ilegalidad.

Para finalizar, cabe señalar que en la convocatoria análoga a la examinada correspondiente a 2019 (Resolución 452/38042/2019, de 20 de febrero, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, por la que se aprueba el proceso de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación para incorporarse a las escalas de tropa y marinería) aparece marcada como medida mínima para hombres 160 cm y 155 cm para mujeres. Si nos acercamos a algunas convocatorias recientes de cuerpos policiales, constatamos que en la convocatoria para la Ertzaintza de diciembre de 2018 se exigía una estatura mínima de 165 cm los hombres y 160 cm las mujeres (Resolución de 3 de diciembre de 2018, de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, por la que se convoca Procedimiento Selectivo para ingreso en la Categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza); y respecto a las dos convocatorias de Mossos d'Esquadra del presente año 2019, en la de enero la altura mínima era de 165 cm para los hombres y 160 cm para las mujeres (Resolución Int/9/2019, de 8 de enero, de convocatoria mediante oposición libre para cubrir plazas de la categoría de mosso/a de la escala básica del cuerpo de Mossos d'Esquadra), y en la de octubre el requisito de altura mínima simplemente ha desaparecido (Resolución Int/2786/2019, de 29 de octubre, de convocatoria mediante oposición libre para cubrir plazas de la categoría de mosso/a de la escala básica del cuerpo de Mossos d'Esquadra).

III. Requisitos para el acceso al empleo público: titulación de máster

Siguiendo con la cuestión del acceso al empleo público, recientemente se han dado dos sentencias relacionadas con el nivel de estudios universitario exigible en ciertas convocatorias públicas. El Tribunal Supremo ha fallado en *sentencias de veinticinco y de veintiséis de septiembre de 2019* (1241/2019 y 1268/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recursos números 1923/2017 y 548/2017) que en el ámbito de la función pública el acceso a cuerpos o a plazas de profesiones reguladas ha de realizarse con la titulación propia de la profesión, aunque ésta sea de nivel de máster y no de grado universitario.

Tomando como referencia la primera de las dos sentencias citadas, su origen se sitúa en un recurso de casación del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas contra una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Esa sentencia se daba en apelación contra una de un Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Huesca sobre un recurso contra la convocatoria del Ayuntamiento de Huesca para la creación de una Bolsa de Trabajo para la provisión de plazas de Ingenieros de Caminos Canales y Puertos (plazas correspondientes a la Escala de Administración Especial, Subescala Técnica, Clase Media, Grupo A, Subgrupo A1).

En la convocatoria mencionada se exigía para participar en la misma el título de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos o grado equivalente. El Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas recurrió en reposición, sus pretensiones fueron acogidas y la alcaldía modificó la base correspondiente, incluyendo los títulos de Grado en Ingeniería Civil y en Ingeniería Civil y Territorial. A su vez, el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos impugnó este último Decreto sosteniendo que esas dos titulaciones de grado no habilitan para el acceso a plazas de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, pero la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo desestimó su recurso. Así que contra ella se interpuso recurso de apelación por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón y objeto de recurso de casación en el Supremo a instancias del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas.

Téngase en cuenta que el máster universitario en Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos sustituye al título universitario de Ingeniero de Caminos, Canales y

Puertos, que se extingue tras la entrada en vigor del Real Decreto 1393/2007 por el que se regulan los estudios universitarios en España, atendiendo a las directrices del Espacio Europeo de Educación Superior. El máster da acceso a la profesión regulada de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, tal y como indica la Orden CIN/309/2009, de 9 de febrero, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

Tanto en la vía administrativa cuanto en la judicial el debate se ha centrado en determinar si, conforme al artículo 76 del Estatuto Básico del Empleado Público, a falta de una ley que establezca lo contrario, la titulación de grado habilita para acceder a plazas del Grupo A, Subgrupo A1, como son las que debían proveerse. El Tribunal Superior de Justicia había entendido que el título de grado no es suficiente para acceder al Subgrupo A1 cuando se trate de especialidades que se corresponden con el ejercicio de profesiones reguladas, de manera que la única titulación aceptada es la de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos o equivalente.

El interés casacional estriba en la interpretación que ha de darse al artículo 76 del Estatuto Básico del Empleado Público y, en concreto, «si al establecerse en aquel precepto que para el acceso a los cuerpos o escalas del Grupo A se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado, salvo que la Ley exija otro título distinto, debe entenderse, necesariamente, que los títulos universitarios de Grado en Ingeniería Civil y en Ingeniería Civil y Territorial constituyen títulos habilitantes para el acceso a la Bolsa de Trabajo para la provisión, mediante el nombramiento de funcionarios interinos, de plazas de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, en tanto que no nos consta norma con rango de Ley que exija otra titulación universitaria; o si, por el contrario, debe estarse a la titulación necesaria para el ejercicio de la profesión regulada correspondiente».

El Tribunal Supremo señala para el caso que los títulos universitarios de Grado en Ingeniería Civil y en Ingeniería Civil y Territorial no habilitan para el acceso a la Bolsa de Trabajo para la provisión, mediante el nombramiento de funcionarios interinos, de plazas de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, sino que debe estarse a la titulación necesaria para el ejercicio de esta profesión regulada. El Supremo afirma que «no parece haber duda de que el ejercicio de la profesión regulada de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos requiere, conforme a las determinaciones del Derecho de la Unión Europea, una titulación que no se corresponde con la de grado. Sentada esa conclusión, habrá que insistir en que tal

requisito no puede no integrarse en el régimen específico de un cuerpo especial como el de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos». Y prosigue: «a propósito del artículo 76 del Estatuto Básico del Empleado Público (...) pese a no haber un precepto de una ley que establezca la exigencia de titulación fijada en la convocatoria, el requisito cuenta con la cobertura que le supone el régimen específico del Cuerpo, pues en él deben de tenerse por integradas las reglas contenidas en las disposiciones reglamentarias expuestas, entre ellas las que resultan de la incorporación de Directivas de la Unión Europea. (...) Los niveles de formación que acreditan los títulos universitarios no pueden ser distintos según se trate de acceder al empleo público, en las condiciones de este caso, o del ejercicio privado de la profesión» (FD 4). Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación. De las dos sentencias se concluye que actualmente las Administraciones Públicas pueden tener Cuerpos propios de titulaciones de nivel de máster, así como reservar plazas para los títulos de nivel de máster (sin que puedan acceder a tales Cuerpos o plazas los graduados).

IV. Procedimiento selectivo: utilización de tñpex en un examen

En este apartado nos vamos a referir a una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia, el de Extremadura, que resuelve la apelación promovida contra el fallo de un Juzgado de lo Contencioso Administrativo, que queda revocado. Hemos elegido este caso pues se trata de un ejemplo de incidencia durante la celebración de pruebas selectivas. En este tipo de circunstancias, la actuación de opositores y órganos de selección y control puede tener unas consecuencias trascendentales para el resultado del proceso y ser fuente de litigios. Con respecto al uso de tñpex, en 2009 hubo una sentencia del Tribunal Supremo (diecinueve de enero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección séptima, número de recurso 8098/2004) donde aparecía tangencialmente el uso de cinta correctora para corregir las respuestas en un examen, pero la cuestión presentaba características diferentes. En otros fallos judiciales aparecen cuestiones similares, como el uso de bolígrafos de colores no permitidos, etc., pero las características del caso no eran iguales. La casuística se impone.

En esta ocasión, el escenario de partida es la celebración de unas pruebas selectivas para el acceso a puestos vacantes de personal laboral, especialidad Oficial de primera de mantenimiento. En su convocatoria se atribuía a los órganos de selección la competencia para resolver todas las dudas en cuanto a la aplicación de las bases y, además, se establecía que el mismo consistiría en resolver uno o varios supuestos prácticos o pruebas prácticas propuestas por el tribunal de selección con los medios auxiliares que dicho tribunal dispusiera. En el ejercicio de sus atribuciones, en una reunión previa al examen, se acordó que solo se utilizara bolígrafo azul o negro y expresamente se decidió que no se permitiría la utilización de otro color, lápiz, ni ningún otro medio auxiliar. De todo esto se informó a los opositores mediante las instrucciones entregadas el día de celebración del ejercicio correspondiente: no se debía escribir el nombre ni hacer tachaduras ni señales de ningún tipo en las hojas del examen, ni en los sobres o en la hoja de datos identificativos, ya que, en caso contrario, el examen quedaría anulado.

Pese a lo acordado por el tribunal de selección y establecido en la hoja de instrucciones, varias personas usaron tñpex en el ejercicio de la oposición, por lo que se pudo producir una situación de desventaja para otros opositores, ya que no es lo mismo hacer una corrección del error con tñpex y continuar con el ejercicio que repetirlo. En cualquier caso, la organización del examen no anuló los exámenes que utilizaron el corrector tñpex.

Un opositor disconforme con tales actuaciones, tras la reclamación correspondiente, presentó recurso de alzada, que fue contestado y rebatido por Resolución de la Dirección General de la Función Pública de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Extremadura. A continuación, se entabló recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa y la sentencia correspondiente la declaró nula, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la celebración del segundo examen del citado proceso de selección, basándose en que las bases del concurso son la ley que rige en el mismo y que las mismas no solo vinculan a los participantes sino también a la propia Administración.

Finalmente, como se ha señalado al inicio de este comentario, el Tribunal Superior de Justicia en la *sentencia de tres de julio de 2019* (112/2019, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, número de recurso 87/2019) estima el recurso de apelación interpuesto por la Junta de Extremadura y un opositor contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y revoca dicha sentencia. Según señala el Tribunal Superior de Justicia «la base 6.2.b) de la con-

vocatoria atribuye a los órganos de selección, la competencia para resolver todas las dudas en cuanto a la aplicación de las bases y respecto del segundo ejercicio, establece que el mismo consistirá en resolver uno o varios supuestos prácticos o pruebas prácticas propuestas por el tribunal de selección, relacionados con el programa de materias de la categoría-especialidad correspondiente y con los medios auxiliares que dicho el tribunal disponga y que en ejercicio de sus atribuciones, en la reunión celebrada el 28 de febrero de 2017 acordó que solo se utilizará bolígrafo azul o negro y expresamente se dijo que no se permitirá la utilización de otro color, lápiz, ni ningún otro medio auxiliar y en este mismo sentido se informó a los opositores mediante las instrucciones entregadas el día de celebración del segundo ejercicio que no se podía escribir su nombre ni hacer tachaduras ni señales de ningún tipo en las hojas del examen y en los sobres blancos, sepia o en la hoja de datos identificativos, ya que, en caso contrario, el examen quedaría anulado» (FD 1).

La administración argumenta que la utilización de títex por algunos aspirantes no ha conllevado ventaja alguna en la realización del ejercicio, e incluso que, aunque así hubiera sido, no se ha vulnerado la igualdad en la realización del ejercicio en relación con el resultado final del mismo; así, en ningún caso estaría justificada la repetición del ejercicio, ya que aspirantes que superaron la prueba podrían perder ahora el puesto de trabajo obtenido. La administración señala que lo único acreditado es que unos opositores, que ni siquiera superaron el ejercicio, utilizaron el corrector y respecto de los que superaron el ejercicio no se ha acreditado que lo utilizaran, como, por ejemplo, en el caso del opositor parte en el proceso. En fin, reconoce que, si se hubiese acreditado su uso por los aspirantes que aprueban el ejercicio y obtienen plaza, lo que vendría a demostrar la ventaja de utilizar corrector, la cuestión presentaría otras características, pero no es el caso.

El Tribunal Superior de Justicia considera que «es precisa una diferencia de trato que sea relevante desde el punto de vista de la igualdad y en este sentido queremos destacar una alegación realizada por la Administración relativa a la relevancia o irrelevancia de utilizar el títex en el desarrollo de la prueba, toda vez que es bien conocido que no todas las irregularidades son merecedoras del reproche de vulneración de derechos fundamentales o de la nulidad de lo actuado por la Administración, especialmente en el caso que nos ocupa, en que parte de los opositores han aprobado el ejercicio y también tiene unas expectativas dignas de protección, sin que de ninguna manera se haya acreditado que quienes utilizaron un títex aprobaron y no quienes no lo utilizaron» (FD 4). Sobre algunas ale-

gaciones concretas del opositor que no usó corrector recuerda que se podía rellenar de nuevo el ejercicio sin problema pues era breve y se disponía de mucho tiempo suficiente, y tampoco considera relevantes las alegaciones de que se puso muy nervioso porque tenía que rellenar de nuevo el examen y al hacerlo incurrió en errores al traspasar algunos datos; además, el uso de títex era complicado por el tipo de ejercicio de que trataba.

V. Provisión de puestos de trabajo: libre designación y cese

El sistema de libre designación atribuye a la Administración una amplia discrecionalidad en la provisión de puestos de trabajo. En cualquier caso, esa discrecionalidad no es absoluta y precisamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado en los últimos años un giro doctrinal sobre los límites en los nombramientos realizados mediante esta fórmula.

En este último apartado de actualidad jurisprudencial nos ocuparemos de la cuestión del cese del libremente designado. Al igual que con el nombramiento, en la actualidad se cuestiona la autonomía de la Administración en esa operación. En otras palabras, el quid está en la necesidad o no de motivar el cese. En sentencias de Tribunales Superiores de Justicia sobre todo aparece últimamente reflejada la cuestión con expresiones tales como que la ausencia de causas de justificación del cese hace que el acto pueda tildarse de arbitrario y caprichoso, implicando desviación de poder, o que se requiere una motivación específica, precisa y de significado racional, incluso, que puede incurrir en una discriminación por razones ideológicas, si es presumible que el cese no justificado lo ha sido por razones de tipo político. En definitiva, discrecionalidad, pero no arbitrariedad. Pues bien, la *sentencia del Tribunal Supremo de diecinueve de septiembre de 2019* (1198/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recurso número 2740/2017) se ocupa de la cuestión.

En el caso que exponemos, el cesado, que había ocupado por el procedimiento de libre designación el cargo de Jefe del Área de Experiencia Operativa y Normativa en la Subdirección de Instalaciones Nucleares en la Dirección Técnica de Seguridad Nuclear del Consejo de Seguridad Nuclear desde el año 2000, recurrió su cese e impugnó la resolución por la que se

anunciaba la provisión, mediante libre designación, de dicho puesto de trabajo, vacante tras su cese. La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional confirmó las dos resoluciones. Sobre el cese del demandante en el puesto de libre designación señalaba, entre otros razonamientos, los siguientes: las razones del cese deben considerarse implícitas en la declaración de cese, sin que sea exigible exponer las razones por las que se ha perdido la confianza, y el control jurisdiccional alcanza a la comprobación de la concurrencia de los elementos reglados (competencia del decisor y explicitación de la razón del cese —falta de idoneidad—) sin entrar en el juicio de valor emitido en que se basa. Además, señala la sentencia, en el caso de que el cese limite, impida o coaccione los derechos fundamentales, se parte de la presunción de legitimidad del acto de cese, por lo que es carga del recurrente acreditar la lesión constitucional.

Notificada la sentencia de la Audiencia Nacional, el cesado continuó con el litigio y el Tribunal Supremo precisó la cuestión sobre la que existía interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: la determinación del contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que acuerdan el cese de personal funcionario público en puestos de libre designación.

La sentencia del Tribunal Supremo, después de repasar las características del sistema de libre designación y su base normativa, recuerda la jurisprudencia, desarrollada especialmente a propósito de cargos judiciales, y que puede resumirse en estos términos. A los ya conocidos argumentos de que el personal funcionario de carrera que desempeña un puesto clasificado como de libre designación tiene un mero interés en su permanencia, no un derecho a la inamovilidad en ese concreto puesto, algo propio de los provistos mediante concurso reglado, y de que el acto del

cese debe ajustarse a exigencias formales obvias, se añade lo siguiente: por un lado, que «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», y, por otro, que «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. Esta exigencia de motivación se cualifica cuando se trata del cese de quien ejerce funciones de representación sindical» (FD 9).

Teniendo en cuenta lo señalado, el Tribunal Supremo anula la sentencia recurrida, ya que en el caso que nos ocupa, por un lado, el acuerdo de cese impugnado ante la Sala de instancia no daba razón alguna de la causa, y, por otro, la sentencia recurrida admitía como motivación bastante el cese en sí mismo (aunque realmente señala que sí hubo una razón, no explicitada, pero deducible del expediente, cuestión sobre la que no se trata de que la Sala de instancia indague, haciendo el trabajo que corresponde a la Administración, sino de que la propia Administración la expliciten y lo haga en términos susceptibles de control). Asimismo, condena al Consejo de Seguridad Nuclear a que dicte un acto en el que se exponga la causa del cese para así satisfacer el derecho del demandante a conocer la misma. Eso supone la estimación parcial del recurso, ya que se rechaza la pretensión de resarcimiento y de que se reponga al cesado en el puesto que ocupaba, amén de que se desestima la impugnación de la nueva convocatoria.