

# NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET  
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ  
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN  
JOAQUÍN TORNOS MAS

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

## *Cómo citar/Citation*

Font i Llovet, T., Peñalver i Cabré, A., Rodríguez Pontón, F. y Tornos Mas, J. (2019).  
Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa.  
*Revista de Administración Pública*, 210, 319-332.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.11>

## SUMARIO

---

I. COLEGIOS PROFESIONALES. APOYO AL «DERECHO A DECIDIR» Y NO SUJECIÓN AL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA. II. PUESTOS DE LIBRE DESIGNACIÓN: DE LA PROVISIÓN AL CESE EN EL RECORRIDO EXIGIDO A LA MOTIVACIÓN: 1. Los hechos y los motivos de la impugnación del cese. 2. El recorrido de la motivación del cese según la sentencia impugnada de la Audiencia Nacional. 3. La cuestión de interés casacional y las premisas presentes en la sentencia del TS. 4. Del nombramiento al cese: el recorrido que se exige a la motivación del cese. 5. Casación estimada y recurso contencioso parcialmente estimado. 6. Apreciación final.

---

## I. COLEGIOS PROFESIONALES. APOYO AL «DERECHO A DECIDIR» Y NO SUJECCIÓN AL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA

A. El presente comentario tiene como objeto dos sentencias del Tribunal Supremo dictadas en sendos recursos de casación en las que se abordan cuestiones materialmente muy diversas, pero que parten de una consideración común, la naturaleza mixta de los colegios profesionales.

En la Sentencia 922/2019, de 27 de junio, recurso de casación 2352/2017, se desestima el recurso de casación frente a la sentencia del TSJ de Cataluña que estimó el recurso interpuesto frente al acuerdo del Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña por el que decidió adherirse al Pacto Nacional por el derecho a decidir y apoyar a la Comisión de estudio del Parlamento de Cataluña sobre el derecho a decidir.

La Sentencia 1068/2019, de 15 de julio, recurso 3833/2018, estimó el recurso de casación interpuesto por el Consejo General de la Abogacía contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que impuso al Consejo General una sanción por infracción de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

Como se comprueba, los temas objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo son totalmente dispares, pero en ambas sentencias se parte de una reflexión previa común. Para resolver los casos controvertidos se afirma que hay que tomar en consideración la naturaleza mixta de los colegios profesionales y la relevancia pública de su cometido. Relevancia pública, dice la sentencia de 27 de junio, en virtud de la cual prevalece su dimensión pública sobre la privada y explica que la Constitución, además de someter los colegios profesionales a una ley que tenga en cuenta sus peculiaridades y las de las profesiones tituladas, les impone una estructura interna y un funcionamiento democráticos.

Los colegios profesionales, recuerdan las sentencias, no son administraciones públicas, pero sí corporaciones de derecho público que ejercen funciones administrativas y que gozan a su vez de los instrumentos y autonomía necesarios para la defensa de sus respectivas profesiones.

Estas consideraciones determinan en muy buena medida los razonamientos en base a los que se resuelven las sentencias objeto de este comentario, razón por la que las hemos querido traer a colación como punto de partida previo general antes de entrar en el examen diferenciado de cada una de las dos sentencias.

B. La Sentencia de 27 de junio de 2019 resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Cataluña, dictada en un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, por la que se estimó el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Barcelona, que había desestimado el recurso frente al acuerdo del Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña por el que decidió adherirse al Pacto Nacional por el derecho a decidir y apoyar a la Comisión de estudio del Parlamento de Cataluña sobre el derecho a decidir. La sentencia del

TSJ anuló dicho acuerdo. Impugnada en casación la sentencia que había establecido la ilegalidad del acuerdo del Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados, el Tribunal Supremo identificó la cuestión sobre la que existe interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en los siguientes términos: «[...] si es ajustado a derecho que un colegio profesional —o, en su caso, el correspondiente Consejo General— tome oficialmente posicionamiento sobre cuestiones políticas esencialmente controvertidas y no atinentes a la gestión de la profesión, en especial cuando sobre dichas cuestiones existe discrepancia entre los colegiados».

Los antecedentes de la sentencia casacional son los siguientes. El 14 de octubre de 2013 el Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña tomó el acuerdo de adherirse al Pacte Nacional pel Dret a Decidir y apoyar a la Comisión de Estudio del Parlamento de Cataluña sobre el Derecho a Decidir. Esa decisión contó con el voto a favor del decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. La indicada Comisión de estudio tenía por objeto analizar las alternativas que permitieran impulsar el ejercicio de ese derecho, así como el inicio de un diálogo con el Gobierno central para hacer posible una consulta sobre el futuro de Cataluña.

Este acuerdo fue impugnado por cuatro colegiados barceloneses que interpusieron recurso contencioso-administrativo por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales por entender que vulneraba sus derechos fundamentales a la libertad ideológica, a la de expresión, a asociarse en su vertiente negativa y a la participación política. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de los de Barcelona desestimó su recurso, por lo que apelaron ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Sostuvieron en la instancia los recurrentes —y reprocharon a la sentencia del juzgado en su apelación no haberlo apreciado— que el acuerdo en cuestión vulneraba los derechos fundamentales invocados porque suponía la asunción por el Consejo y por los colegios que lo integran de una opción ideológica y política determinada y transmitía a la opinión pública que esa opción pasaba a ser la doctrina política oficial de las corporaciones profesionales. La Sala de Barcelona estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado núm. 4 y anuló el indicado acuerdo de 14 de octubre de 2013 por contrario a los arts. 16.1, 20.1 y 22 de la Constitución.

La sentencia del TSJ de Cataluña estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado núm. 4 y anuló el indicado acuerdo de 14 de octubre de 2013 por contrario a los arts. 16.1, 20.1 y 22 de la Constitución. Para el TSJ la actuación de los colegios profesionales, más allá de los fines y funciones que tienen encomendados por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, no es lícita porque afecta al derecho de no asociarse, es decir a la faceta o vertiente negativa del derecho fundamental reconocido por el art. 22 de la Constitución. Al ser ajena al cometido jurídico-público que le es propio, la actuación controvertida, sigue diciendo la sentencia de apelación, no se diferencia de una iniciativa privada y sucede que una corporación a la que es obligatorio pertenecer para el ejercicio de la abogacía no puede, sin lesión del derecho a no asociarse, adoptar una decisión de esa naturaleza.

El Tribunal Supremo desestima el recurso casacional y confirma la sentencia del TSJ de Cataluña en base a la distinción de las funciones propias de los colegios, y la incidencia que ello tiene en su organización y forma de proceder. En este sentido, destaca el hecho de que la pertenencia a los colegios es obligada y que, en tanto ejercen funciones públicas, las exigencias de su proceder se equiparan al propio de las Administraciones públicas. En base a ello se concluye que mientras los colegios profesionales disponen de un amplio margen de autonomía para organizarse y funcionar, así como para emprender, desarrollar y asumir las iniciativas que entiendan beneficiosas para los intereses profesionales que tienen encomendados, no gozan de ella si se mueven, por decisión de sus órganos gubernativos, fuera de ese ámbito y lo hacen, como en este caso, en contra del parecer de alguno o algunos de sus miembros para asumir, además, una opción política de parte que ha provocado una profunda fractura en la sociedad catalana.

La conclusión final es que el acuerdo impugnado en su día por los recurrentes se considera que va más allá de las funciones propias de un colegio profesional, y supone la entrada del colegio como actor del juego político tomando posición de parte sobre una cuestión en la que están rotos los consensos sociales. Esta actuación habría vulnerado las libertades ideológica y de expresión y el derecho de asociación en su vertiente negativa, atendiendo al hecho de que la colegiación es obligatoria. La sentencia casacional afirma que «una corporación de Derecho Público, representativa de una profesión y a la que es obligatorio afiliarse para ejercerla, no puede abandonar la posición de neutralidad que le es propia en ese campo para asumir posiciones ideológicas y políticas de parte, desconectadas, además, de los intereses profesionales a los que debe servir. En efecto, no ha justificado el Ilustre Colegio recurrente que la adhesión al Pacto Nacional por el Derecho a Decidir forme parte de las funciones que se le encomiendan por la Ley para preservar los intereses específicos de los abogados barceloneses ni ha contradicho el carácter parcial y divisivo de esa iniciativa política».

C. La segunda Sentencia del Tribunal Supremo que es objeto de nuestro comentario es la 1068/2019 de 15 de julio (con anterioridad el propio Tribunal Supremo había dictado una sentencia con el mismo objeto y contenido prácticamente idéntico, la Sentencia 955/2919 de 1 de julio, recurso de casación 4232/2018). En este caso la sentencia recurrida es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2018 por la que se estimó el recurso interpuesto por el Consejo General de la Abogacía Española contra la resolución procedente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 1 de septiembre de 2015, por la que se acordó sancionar al CGAE por una infracción a la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia cometida en la gestión del servicio de asistencia jurídica gratuita.

La resolución sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia justifica la imposición de la sanción al entender que el art. 2.1 del Reglamento del turno de oficio, asistencia al detenido o preso y derecho a la justicia gratuita del Iltre. Colegio de Abogados de Guadalajara, en su actual redacción,

es contrario a la vigente legislación en materia de Defensa de la Competencia, al establecer la exigencia de estar incorporado al Colegio de Abogados de Guadalajara para ejercer la prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita en su demarcación territorial, lo que compartimenta geográficamente el mercado y limita la oferta de abogados a aquellos colegiados en Guadalajara. También en base a los requisitos de residencia y despacho profesional en la provincia de Guadalajara, pues ambos constituyen una clara compartimentación territorial que limita la competencia, favoreciendo a los abogados radicados en el territorio de la demarcación colegial en detrimento de los que no lo están y, así mismo, por la exigencia de experiencia profesional —tres años de ejercicio efectivo, cinco para el Turno Penal Especial—, lo que a juicio de la CNMC supone una barrera injustificada de acceso al turno de oficio para abogados de reciente colegiación.

La sentencia recurrida de la Audiencia Nacional estimó el recurso tras analizar qué tipo de competencias ejercía el colegio profesional al regular el turno de oficio, esto es, si al regular la asistencia gratuita actuaba como administración, o bien en ejercicio de facultades que quedaban fuera del derecho público. Si actuaba como Administración pública, no quedaría sujeto al principio de libre competencia.

La conclusión a la que llegó la AN es que la prestación del servicio de justicia gratuita no es una función que desempeñen los Colegios de Abogados como libre ejercicio de servicios profesionales, sino que se trata de una actividad en la que concurre un importante componente público y en el que el interés general aconseja la prestación de dicho servicio del modo más eficaz posible y manteniendo unos parámetros razonables de calidad. En el caso de la prestación del servicio de justicia gratuita no existe un mercado libre, razón por la cual no es aplicable la LDC. Consecuentemente, la AN anuló la resolución sancionadora de la CNMC.

Recurrida la sentencia de la AN en casación, el Tribunal Supremo admitió el recurso e identificó el interés casacional objetivo en los términos siguientes: «[...] interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si resulta o no aplicable la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a la actuación y regulación de los Colegios de Abogados en sus funciones de organización del turno de oficio».

Tras un detenido examen del marco normativo aplicable, estatal y de la Unión Europea, y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, este último Tribunal en su sentencia de 15 de julio de 2019, en el Fundamento de derecho quinto confirma lo establecido en la sentencia de la AN. Así, afirma el Tribunal Supremo que no resulta irrazonable ni carente de lógica la apreciación de la Sala de Instancia de que en este caso no nos encontramos ante la existencia de un mercado en el que entren en juego las reglas de la libre competencia, lo que permitiría poder aplicar la prohibición contenida en el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, referida a aquellas conductas que impidan, restrinjan o falseen la competencia. Cuando se trata de los servicios profesionales prestados por abogados del turno de oficio, al amparo de la Ley 1/1996, de 13 de enero, de asistencia jurídica gratuita, no resultan

aplicables las normas comunitarias o nacionales de competencia. Para el tribunal, en el ámbito de la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita no es aplicable la legislación de defensa de la competencia ya que los abogados no compiten entre sí, no existe libertad de contratación de los servicios profesionales del abogado, ni libertad para fijar los honorarios, ni hay propiamente retribución que deba satisfacer el cliente, al corresponder al Estado la obligación jurídica de compensar adecuadamente el trabajo realizado al servicio de la Administración de Justicia.

Llegados a este punto, el Tribunal Supremo añade una consideración de singular relevancia sobre el alcance de su función de pleno de control de juricidad del caso enjuiciado. En este sentido afirma que la conclusión alcanzada sobre la inaplicabilidad de la Ley de Defensa de la Competencia al ámbito estricto de la regulación corporativa del servicio de asistencia jurídica gratuita, lo que le lleva a desestimar el recurso y confirmar la nulidad de la sanción, no implica que los acuerdos de los Colegios de Abogados adoptados respecto de la ordenación del servicio de asistencia jurídica gratuita estén exentos del control de juricidad que corresponde a los tribunales de lo contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 106 de la Constitución. Este control incluye, en su caso, examinar si las medidas adoptadas para garantizar la regularidad y calidad en la prestación del servicio son adecuadas e idóneas para cumplir los objetivos fijados en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y en las normas complementarias. Cuestión esta que queda de esta forma abierta, aunque no se analiza en la sentencia que comentamos.

La sentencia cuenta con un voto particular del magistrado Eduardo Espín, en el que se cuestiona la falta de pronunciamiento de la sentencia sobre algunos de los requisitos establecidos para la participación en el turno de justicia gratuita. Así, por ejemplo, se afirma que «estando de acuerdo con la sentencia en que la previsión de determinadas medidas en la regulación del servicio de justicia gratuita no podría conceptuarse como una conducta contraria al art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (en mi opinión, por aplicación del art. 4 de dicha Ley), ello no impedía advertir en respuesta a concretas alegaciones de las partes, incluso en el propio planteamiento acogido por la sentencia, que dichas medidas estaban sometidas a los parámetros de idoneidad y proporcionalidad requeridos por el libre ejercicio de la profesión, aunque no fuera posible entrar en su examen detenido ni pudieran afectar al fallo por venir los recursos dirigidos contra la imposición de una sanción». (JT)

## II. PUESTOS DE LIBRE DESIGNACIÓN: DE LA PROVISIÓN AL CESE EN EL RECORRIDO EXIGIDO A LA MOTIVACIÓN

Los puestos de libre designación son uno de aquellos aspectos de la función pública en los que una extensión indebida en diversos de sus elementos integrantes puede conllevar riesgos especialmente intensos de arbitrariedad. La sentencia

que nos ocupa, Sentencia del Tribunal Supremo 1198/2019, de 19 de septiembre, rec. 2740/2017, ponente Requero Ibáñez, puede constituir un nuevo hito en la racionalización de su uso y en su control, partiendo de la sistemática que permite operar la cuestión de interés casacional.

## 1. LOS HECHOS Y LOS MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN DEL CESE

El recurrente, ingeniero industrial, fue cesado en julio de 2015 en su puesto de libre designación de jefe del Área de Experiencia Operativa en la Subdirección de Instalaciones Nucleares en la Dirección Técnica de Seguridad Nuclear, en el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN). Este puesto lo ocupaba desde el año 2000, y en junio de 2015 había sido elegido también representante de los trabajadores. De los hechos probados conviene destacar que, como se recoge en la sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional ahora impugnada —SAN 111/2017, de 23 de marzo, rec. 488/2015, ponente López-Muñiz Goñi— «el cese del hoy recurrente, se debe a sus discrepancias con el Procedimiento Administrativo denominado PA.II.01 que lleva por título “Clasificación de sucesos utilizando la Escala INES”, y que había sido elaborado por el Director Técnico de Seguridad Nuclear, y al que se ajustarían las correspondientes actuaciones, y que debería ser observado por el recurrente, que había manifestado de forma reiterada su oposición al mismo, lo que implicaba que habían cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se le nombró, y este cambio, conllevó la pérdida de confianza que dio lugar a su cese» (FJ 7). Sin embargo, el acto del cese no viene explícitamente motivado, cuestión que es decisiva, como veremos luego, para que esta sentencia sea casada por el Tribunal Supremo. En este sentido, hay que señalar que en el escrito de demanda, por su parte, se sostiene que «el cese de mi mandante se pretende justificar *a posteriori* como una respuesta ante su discrepancia o disconformidad técnica con la propuesta de modificación de un Procedimiento Administrativo existente en el seno del CSN» (FJ 2). Se alega así una falta de motivación en la resolución del cese, que se dice que se viene a justificar *a posteriori*. Se alega también el carácter determinante de haber sido elegido representante de los trabajadores en la Junta de Personal, introduciéndose también la apreciación de desviación de poder. Se trataba en definitiva del cuestionamiento de la motivación del cese, puesto que se entendía por parte del recurrente que la falta de confianza personal no puede ser la única que lo justifique, siendo importante al respecto señalar lo que se apunta también en el FJ 3 de la sentencia del Tribunal Supremo: «[...] el ahora recurrente sostuvo —dice la sentencia— que la discrepancia técnica con un superior no implica pérdida de confianza ya que esta puede ser profesional —basada en razones de mérito y capacidad— o personal y no puede ser esta la única que determine el cese. Añadió que los nuevos criterios de clasificación de sucesos en la Escala INES a raíz del cambio propiciado por el Director Técnico de Seguridad Nuclear y con los que disenta, alteraban el statu quo normativo vigente durante treinta y cinco años y que ha sufrido este y otros

“castigos” por defender la esencia de un órgano regulador público: su independencia, transparencia e imparcialidad».

## 2. EL RECORRIDO DE LA MOTIVACIÓN DEL CESE SEGÚN LA SENTENCIA IMPUGNADA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Frente a la impugnación del recurrente, la Audiencia Nacional desestima el recurso, confirmando así el cese. Y lo hace con una argumentación en la que destacaremos dos elementos, vinculados entre ellos. El primero es que «el cese no se reviste de las garantías que asisten al funcionario nombrado por concurso, sino que “La motivación de esta resolución se referirá a la competencia para adoptarla”» (FJ 5), invocando así el art. 58.1 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, precepto cuya primera frase dispone que: «Los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser cesados con carácter discrecional» (como dispone también el art. 80.4 del TRLEBEP). Y se concreta, citando jurisprudencia de finales de los años noventa y principios de los 2000 (detalle a no perder de vista dado el carácter evolutivo de la jurisprudencia al que luego nos referiremos), que por tanto la motivación de la resolución de cese de este tipo de cargos «tendría que limitarse a una referencia a que las condiciones concurrentes en la persona rechazada no se estimaban suficientes por la autoridad competente para depositar en ella su confianza para el desempeño del cargo, según sus criterios sobre la dirección de la cosa pública, no se traduciría en una proposición con eficacia jurídica, no dejando de ser sino la simple expresión de la facultad discrecional que es el verdadero fundamento o motivación del acto administrativo». Así, pues, se establece un recorrido muy escaso de la motivación. Ese recorrido «minimalista» queda así concretado un poco más adelante por la sentencia de la Audiencia Nacional: «[...] sin estar sometido al requisito formal de hacer una exposición expresa de los motivos en virtud de los cuales [...] se ha perdido la confianza por la autoridad en el ya designado, de modo que las razones que llevaron a la autoridad competente a decretar el cese de actor en el puesto de libre designación, deben considerarse implícitas en la declaración de cese. Así pues, enjuiciando el cese desde la perspectiva de legalidad ordinaria debe partirse que en estos puestos la pérdida de la confianza y la capacidad de organización administrativa constituye la motivación inherente a este tipo de resoluciones cuando se trata de cargos de libre designación».

Y ello, como decíamos, va muy ligado al segundo elemento, que no es otro que el de la correspondencia entre el tipo de nombramiento y las características del cese, produciéndose un «isomorfismo» a efectos de cómo se debe motivar uno y otro. Así, se dice en ese mismo FJ 5: «En resumen, como se señala, “Todo sistema de libre designación lleva la consecuencia de libre cese o revocación con



miras a la protección del interés general y del servicio que el recurrente tenía encomendado”); «De acuerdo con la doctrina recogida en las citadas sentencias, la naturaleza de libre designación de un puesto de trabajo es determinante de la forma del cese»; «Esta posibilidad de libre remoción entraña el reconocimiento en favor de la Administración de una potestad discrecional, del mismo modo que discrecional fue el nombramiento, siendo por tanto en tales casos libre el nombramiento y libre el cese».

Late en todo caso en esta libre apreciación por igual en nombramiento y cese una doble idea relevante para el eventual control judicial posterior. En primer lugar, el carácter no fiscalizable por parte del juez de las condiciones subjetivas tenidas en cuenta. Y, en segundo lugar, que ello no significa que tal cese no sea susceptible de control judicial, sino que tal control se limita a los elementos de carácter reglado, afirmaciones que se contienen en el FJ 6, con remisión también a jurisprudencia anterior. Recorrido mínimo, o casi nulo, de la motivación, pues, y alcance del control judicial limitado a lo estrictamente formal. Es por ello que la sentencia de la Audiencia Nacional se conforma con que la resolución de cese se base en una falta de idoneidad que es simple expresión de la discrecionalidad del cese. Lo único que se advierte, y que sería suficiente —descartándose así también la desviación de poder—, es una pérdida de confianza derivada de la discrepancia técnica antes apuntada. La sentencia del TS aquí comentada resume así en este punto el razonamiento de la Audiencia Nacional: «El control jurisdiccional alcanza a la comprobación de la concurrencia de los elementos reglados, esto es, que lo acuerde la autoridad competente, y que lleva explícita la razón del mismo —falta de idoneidad— sin entrar en el juicio de valor emitido en que se basa. Llevado lo expuesto al caso, que pueda acordarse su cese no lo impide su excelente hoja de servicios, pues no se le descalificó, sino que se constató que a partir de un momento quien le nombró consideró que no concurrían las circunstancias subjetivas suficientes para depositar en él su confianza, en este caso por sus discrepancias con el PA.II.0: elaborado por el Director Técnico de Seguridad Nuclear, el recurrente debería ajustarse a él pero manifestó reiteradamente su oposición al mismo, luego eso constituye la pérdida de confianza» (FJ 4).

### 3. LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL Y LAS PREMISAS PRESENTES EN LA SENTENCIA DEL TS

Como siempre, es importante centrar los términos en que se plantea la cuestión de interés casacional. Son los siguientes: «[...] determinar cuál es el contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que acuerdan el cese de funcionarios públicos en puestos de libre designación, y si, a tal efecto, resulta extensible al cese en dichos puestos la doctrina jurisprudencial establecida en relación con su provisión». Se sitúa en el centro de la cuestión, pues, el doble objeto antes señalado: si hay correspondencia o isomorfismo entre

nombramiento y cese, y en cualquier caso cuál es el alcance preciso del deber de motivación en la resolución de cese.

Entre las premisas que establece el Supremo para resolver dicha cuestión, destacaremos una definición y una serie de distinciones y puntualizaciones.

La definición se refiere al sistema de libre designación, y se expone así (FJ 6): «[...] el sistema de libre designación permite a un órgano directivo designar, entre funcionarios de carrera, a quien vaya a servir determinado puesto de trabajo de especial responsabilidad sin integrar los conceptos de “mérito y capacidad” con base en baremos o criterios reglados ni con base en la integración de los aspectos evaluables con un razonamiento que sólo admite una sola solución como aceptable. Es una elección basada, ciertamente, en la libre apreciación de la idoneidad para el puesto, por razón de los requerimientos y funciones del mismo, pero en el que es determinante la confianza personal que tiene la autoridad que designa en el funcionario designado, atendiendo a su valía y cualidades profesionales, más personales como su actitud, motivación o identificación con los objetivos marcados para ese puesto».

Esta definición, de hecho, adquiere una mayor concreción al realizarse las mencionadas distinciones (FJ 7), especialmente la relativa a la distinción entre dos «estatutos distintos», como son la libre designación y el personal eventual, respecto a lo que la sentencia indica que «[a]un excepcional, en el primer caso constituye una forma de provisión de puestos de trabajo, en el que si bien hay un componente de confianza en el designado, tal confianza se basa en sus cualidades profesionales; por el contrario, el personal eventual está llamado a desempeñar funciones de estricta confianza de la autoridad que le designa, en especial de asesoramiento, que puede libremente cesarle sin dar especial razón y eso sin olvidar que la suerte de ese funcionario eventual va ligada a la de quien le nombró». Así pues, se pone énfasis, aun en el marco de la confianza, en el elemento de la cualificación profesional.

Y en cuanto a las puntualizaciones destacamos especialmente la relativa a recordar la sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y la relativa a concebir la idoneidad como de apreciación libre, en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto, cuestión que va ligada al «deber general» de motivación. Y, finalmente, dos puntualizaciones más: el cese es discrecional y ese deber general de motivación lo concreta el art. 58.1 antes mencionado del RD 364/1995.

A continuación, el TS señala a partir de estas indicaciones y sus respectivos fundamentos normativos cuál es la exigencia de motivación en el acto de selección (FJ 8). Y lo hace recordando la evolución de la jurisprudencia de la Sala relativa a cargos judiciales. Ámbito en el que se destaca la superación de la «vieja doctrina» de no exigir motivación expresa; que dicha motivación debe asegurar cumplir con el principio de interdicción de arbitrariedad, y, sobre todo, los dos siguientes elementos que por su importancia reproduciremos: «La motivación es adecuada si son bien visibles las razones, los criterios esenciales o fundamentales,

por los que ha sido preferido un candidato frente a otros, razones reconducibles a mérito y capacidad. Para tal fin deben identificarse los méritos considerados como prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento [...] Respecto del alcance del control jurisdiccional de la motivación, una eventual sentencia estimatoria debe ser operativa y eficaz, de manera que cumplidas las formas se pueda detectar con suficiencia los datos y razones que movieron la decisión». Es decir, se destaca la visibilidad y la posibilidad de ser detectados por el juez los criterios determinantes, vinculados a los méritos considerados prioritarios.

#### 4. DEL NOMBRAMIENTO AL CESE: EL RECORRIDO QUE SE EXIGE A LA MOTIVACIÓN DEL CESE

Dadas todas estas premisas y puntualizaciones, así como la síntesis sobre la evolución jurisprudencial en cuanto a la motivación del nombramiento, la sentencia (FJ 9) ya está en condiciones de definir en qué términos es exigible la motivación del cese de los cargos de libre designación. Y para ello se comienza declarando que el funcionario en esta situación tiene un mero interés en la permanencia, dada la posible variación en la apreciación de las circunstancias que determinaron su designación. Se añade que, por supuesto, el cese debe cumplir las exigencias formales elementales (órgano competente o requisitos de formación de su voluntad), exigencias formales a las que añade el deber de motivación «si bien con la debida modulación». ¿En qué términos? Así lo establece el TS: «Esta motivación ciertamente debe ir más allá de lo previsto en el art. 58.1, párrafo segundo, del RGPPT, según el cual “la motivación de esta resolución se referirá a la competencia para adoptarla”. Por tanto, al funcionario cesado debe dársele razón de por qué las razones de oportunidad, basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron a su elección, ya no concurren o si concurren que otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese [...] La razón o razones del cese no serán enjuiciables en lo que tiene de libre apreciación; ahora bien, es exigible que se expliciten evitándose expresiones opacas, estandarizadas, que puedan encubrir una intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección. Esta exigencia de motivación se cualifica cuando se trata del cese de quien ejerce funciones de representación sindical».

Así pues, podemos condensar esta declaración en lo que se refiere al recorrido de la motivación del cese en los siguientes puntos:

- La motivación es un aspecto a exigir, además de los requisitos puramente *formales*.
- Esa motivación debe ir más allá de la letra de la normativa reglamentaria vigente, que la concreta en la referencia a la competencia para adoptarla.
- Su contenido se referirá a las concretas razones de oportunidad de la decisión vinculadas a la confianza e idoneidad.

- Si se identifican de esa manera las razones, el tribunal no las enjuiciará en su contenido de libre apreciación; pero, en todo caso, no se admiten fórmulas que por su oscuridad puedan esconder motivos no vinculados a la idoneidad profesional.
- Esta exigencia «se cualifica» en los casos de quien ejerce funciones de representación sindical.

Así pues, en cuanto a la correspondencia o «isomorfismo» entre nombramiento y cese, se vienen a individualizar las condiciones de la resolución del cese —sin obviamente ignorar los paralelismos con la motivación del nombramiento— y en cuanto a la motivación del cese se ajustan al máximo los elementos que, sin dejar de dar lugar a espacios relevantes de decisión, la acoten en el respeto de la idoneidad para el puesto en cuestión (la «confianza» se acota) y la alejen de la arbitrariedad. Pasamos a un recorrido mayor de la motivación para hacer posibles estos dos últimos elementos.

## 5. CASACIÓN ESTIMADA Y RECURSO CONTENCIOSO PARCIALMENTE ESTIMADO

Ello da lugar a la estimación del recurso. Y fundamentalmente porque, como se puso de manifiesto antes, el acuerdo de cese no daba ninguna razón sustantiva, sino que la Audiencia Nacional, después de entender suficiente de modo general una motivación implícita —en definitiva, la mera pérdida de confianza—, dedujo que en el caso hubo una razón no explicitada, la discrepancia técnica antes apuntada. Hay dos párrafos clave en la sentencia del TS, en su FJ 10, que visualizan el contraste con la de la Audiencia Nacional: «La sentencia impugnada no sigue un razonamiento único y, además de incurrir en reiteraciones, es dubitativo. Así no se ajusta al criterio que sostiene esta Sala pues admite como motivación bastante el cese en sí, porque entiende que es razón válida la que considera implícita: que quien ha sido nombrado para un puesto de especial confianza, si es cesado lo es por pérdida de tal confianza. Desde su lógica esa sería motivación bastante, con exención a la Administración de dar razón cabal de la concurrencia de un motivo de cese [...] Desde su lógica la sentencia debería haberse quedado en tal razonamiento para, con base en él, desestimar la demanda, pero no se queda ahí: consciente de la falta de la motivación decide ir a más para constatar que sí hubo una razón, no explicitada, pero deducible de la actuación que documenta el expediente».

Lo que estima el Supremo entonces es una indefensión ante el silencio de la motivación, dada la obligación de un recorrido más largo que el exigido de forma general por la sentencia impugnada. Esa motivación del cese debe ser explícita y por tanto susceptible de control para descartar el carácter inapropiado de la causa real del cese, en coherencia también con la evolución jurisprudencial.

cial producida con posterioridad a las sentencias citadas por la de la Audiencia Nacional.

Dado que no hay un derecho de permanencia, se desestima en cambio la pretensión de resarcimiento y de que se reponga en el puesto al recurrente, con desestimación de la impugnación de la nueva convocatoria, cuestión que podría plantear otras perspectivas que aquí no desarrollaremos.

## 6. APRECIACIÓN FINAL

La jurisprudencia sobre los términos en que se deben realizar los nombramientos de libre designación es compleja, evolutiva —con cambios jurisprudenciales explícitos— y no carente de discrepancias en forma de votos particulares. Es compleja y controvertida, entre otras cosas, porque se proyecta en ámbitos de gran diversidad, lo cual obliga a tener en cuenta esas particularidades (en la STS de 11 de noviembre de 2014 —rec. 149/2013, ponente Picó Lorenzo, FFJJ 5 y 6— se ponen de manifiesto las diferencias entre Consejo Fiscal y Consejo General del Poder Judicial). Lo ha sido también por el significado mismo de la discrecionalidad en los nombramientos de libre designación, o del término «confianza» (un término ciertamente resbaladizo respecto al que se ha recordado que no debe ser desconectado del mérito y la capacidad, como puede verse en la STS de 29 de mayo de 2006 —rec. 309/2004, ponente Trillo Torres— y en su voto particular de varios magistrados). Y también lo ha sido porque a veces se ha discutido el carácter de verdadera libre designación de determinados cargos (caso del voto particular de la STS de 11 de enero de 1997 —rec. 424/1995, ponente Goded Miranda, VP de Conde Martín de Hijas— respecto a nombramiento de teniente fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional).

En gran parte, esta evolución jurisprudencial ha tendido a acotar los espacios de decisión en la libre designación. Dejando de lado ahora la determinación normativa del ámbito de puestos a cubrir mediante la libre designación (sobre todo ello ofrece una panorámica actualizada M. Sánchez Morón en su 12ª edición de su *Derecho de la Función Pública*, págs. 189-192), la jurisprudencia del Supremo en la que podemos inscribir la sentencia comentada ha ido en la línea de acotar la discrecionalidad de nombramiento y de cese por la vía de los requisitos de la motivación, para ir más allá de la literalidad de determinados preceptos vigentes. En nuestro caso, se caracteriza de un modo relevante la motivación, tanto por su sustantividad como por sus contenidos, y si bien sigue existiendo un importante espacio de decisión no judicialmente asequible, dicha caracterización lo enmarca más y se orienta claramente a evitar la arbitrariedad en el uso de este sistema y a favorecer la aplicación coherente de la idoneidad, mérito y capacidad. (FRP)

