

DIRECCION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA POR EL GOBIERNO Y GARANTIAS DE IMPARCIALIDAD ADMINISTRATIVA

Por

LUIS MORELL OCAÑA
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. EL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CUANTO INSTITUCIONES INTEGRANTES DEL PODER EJECUTIVO: A) *El Gobierno como institución portadora de una legitimación democrática. Estructura y funciones:* 1. El Gobierno: ámbito propio y autonomía institucional. 2. Su autonomía institucional. Potestad doméstica. B) *El derecho ciudadano a la participación en el ejercicio de funciones públicas según mérito y capacidad:* 1. La Administración Pública: elementos componentes de su estructura. 2. La constitucionalización del principio del mérito: la consagración del derecho individual.—II. LA ADMINISTRACIÓN COMO INSTITUCIÓN SUBORDINADA. SU DEPENDENCIA DEL GOBIERNO: A) *Los órganos y el instrumental para la dirección gubernamental de la Administración Pública:* 1. El Presidente, los Ministros y el Gobierno. 2. El programa de gobierno y las directrices. B) *La jerarquía administrativa como punto de apoyo de la función directiva del Gobierno:* 1. La potestad de jerarquía administrativa de los Ministros. 2. Las modulaciones del lazo jerárquico a tenor del carácter de las actividades: a) La distinción entre burocracia maquina y burocracia profesional. b) «Facer» justicia y gerencia de servicios.—III. EL MÉRITO COMO GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD: A) *Las garantías de imparcialidad en la esfera interna de la Administración. El acceso con arreglo a mérito.* B) *Provisión de puestos de trabajo y principio constitucional del mérito:* 1. El problema. 2. El sistema de libre designación y sus caracteres dominantes. 3. Libre designación y mérito, confianza política versus objetividad. 4. Libre designación y exigencia constitucional de objetividad de la Administración.

I. EL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CUANTO INSTITUCIONES INTEGRANTES DEL PODER EJECUTIVO

A) *El Gobierno como institución portadora de una legitimación democrática. Estructura y funciones*

1. *El Gobierno: ámbito propio y autonomía institucional.*

Gobierno y Administración constituyen dos instituciones cuya diferenciación se ha ido imponiendo en los textos constitucionales y en la legalidad ordinaria; diferenciación que se presenta, en la actualidad, plenamente establecida, pese a que la historia y las tendencias políticas parecen nublarla, con alguna frecuencia. Entre Gobierno y Administración se puede trazar una distinción tanto desde el punto de vista de la estructura como de las funcio-

nes (1). El Gobierno se estructura sobre la base de unos vínculos de lealtad política, existentes entre sus componentes (2). Se mantiene, incluso, cuando se presentan Gobiernos de coalición: las fuerzas políticas que se coaligan para hacer un Gobierno quedan unidas por la confianza que reciben del Parlamento, de acuerdo con el artículo 99.3 CE. Es la mayoría del Congreso de los Diputados la que otorga esa confianza imprescindible para gobernar: constituye el fundamento mismo del Gobierno y su desenvolvimiento institucional (3); así, al perder esa confianza, se erige en un simple Gobierno en funciones, que administra una situación de interinidad (4). Esa confianza política se otorga y se retira o se renueva por el Congreso de los Diputados. Sus integrantes tienen la naturaleza de cargos políticos y representan la opción democrática que ha logrado mayoría electoral.

La función del Gobierno y su proyección sobre la realidad social o estatal aparece expresada en el artículo 97 del texto constitucional: es una *función directiva de los diversos ámbitos de la dinámica estatal; actividad libre, con impulsos no reglados, y fundada en juicios de valor* (5). En la esfera del Gobierno se inscriben, pues, características tareas: 1.º la dirección de la política interior y exterior; 2.º la vinculación con el Parlamento; 3.º las relaciones con otras instituciones constitucionales, en los planos político, económico, cultural y social. La relación con el Parlamento se desenvuelve, durante la legislatura, instalando en el mismo el debate político. El debate en que el Gobierno ha de tener la iniciativa, llevar a cabo la defensa cotidiana de la confianza otorgada, y desarrollar el programa del Gobierno, presentado al hilo de la sesión de investidura. El debate político incluye un control, íntegramente político, a través de las interpretaciones, preguntas, comisiones, censuras y reprobaciones (6).

(1) J. L. PÉREZ FRANCESCH, *El Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1976; A. J. PORRAS NADALES, «La función de gobierno y la dialéctica entre política y Administración», en VV.AA., *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988; VV.AA., *Organización y funcionamiento del Gobierno*, en «DA», núm. 188, 1988; VV.AA., *El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomías*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985; VV.AA., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Jornadas de Estudios organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988.

(2) L. MORELL OCAÑA, *El sistema de la confianza política*, Civitas, Madrid, 1994.

(3) L. LÓPEZ GUERRA, *Modelos de legitimación parlamentaria y de legitimación democrática del Gobierno*, en «REDC», núm. 23, 1988.

(4) F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La cuestión de confianza: marco jurídico-constitucional y praxis política*, en «REDC», núm. 21, 1967; P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, *La cuestión de confianza*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

(5) J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *El Gobierno en acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

(6) M. ARAGÓN REYES, *El control parlamentario*, en «Revista de Derecho Político», núm. 23, UNED, Madrid, 1986, págs. 9 y ss.; R. BUSTOS GISBERT, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Colex, Madrid, 2001; J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *El margen de maniobra de un Partido de Gobierno*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 3, mayo-agosto 1989, págs. 103 y ss.

En la esfera del Gobierno se instalan relaciones genuinamente políticas y, por consiguiente, ahí estriba la clara diferencia que se establece entre la esfera del Gobierno y la de la Administración Pública. Hay que postular, por otra parte, que el Gobierno tiene una *reserva* sobre este conjunto de funciones sustantivas. La textura del propio Derecho positivo permite observar que existe *un ámbito de reserva, en favor del Gobierno, sobre la función gubernamental* (7).

2. *Su autonomía institucional. Potestad doméstica.*

El ordenamiento jurídico ha venido contemplando la realidad como un conjunto de relaciones entre sujetos, o entre instituciones. Ha dejado en la penumbra la trama interna de las mismas. Desde hace tiempo, sin embargo, el propio ordenamiento ha ido remontando esa situación de opacidad. Las organizaciones económicas, sociales, culturales, etc., han venido siendo objeto de una consideración específica. El *orden interno* de las organizaciones, en consecuencia, va transformándose en un conjunto de situaciones jurídicas y de relaciones entre sus titulares.

Se ha ido llevando a cabo, así, una formalización jurídica del ámbito doméstico de los poderes estatales; tanto el Poder Legislativo como el Judicial, el Tribunal Constitucional y otras instituciones constitucionales han ido ordenando su organización interna. Y se ha ido haciendo bajo la directiva de *administrativización* de la misma. El Consejo General del Poder Judicial, el Congreso y el Senado, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, etc., tienen en la actualidad una ordenación jurídica del ámbito doméstico o interno que lleva consigo la sumisión del mismo al régimen jurídico-administrativo (para el Consejo General del Poder Judicial, *arts. 142 y 143* de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*; para el Congreso de los Diputados y el Senado, el *Estatuto de Personal de las Cortes Generales de 26 de junio de 1989*; para el Tribunal Constitucional, el *art. 99.3* de su *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre*). Este sentido generalizado de la sumisión al Derecho Administrativo, respecto de las organizaciones internas de las instituciones del Estado, *deja a salvo*, no obstante, *el ámbito de reserva propio del Gobierno*. La acción del Gobierno se ejecuta con arreglo a procedimientos e instituciones que son *diferentes y propios* (8). Esa acción tiene, en determinados casos,

(7) L. LÓPEZ GUERRA, *Funciones del Gobierno y dirección política*, «DA», núm. 215, 1988, y «El Gobierno de la Constitución de 1978», en *El arte de gobernar: 1812-1992*, Tecnos, Madrid, 1992.

(8) J. FOURNIER, *Le travail gouvernemental*, Cujas, París, 1987.

su proyección hacia arriba por parte de la Administración; entonces el Gobierno adopta, y proyecta hacia el campo de lo político o lo administrativo, las actuaciones precisas o convenientes. Sin embargo, cuando se trata de unas decisiones estrictamente políticas, el Gobierno ha de ser *suficiente por sí mismo*. Esa autosuficiencia se ha de entender en el sentido de que el Gobierno ha de estar rodeado de un conjunto de personas o instituciones que le ayuden en el ejercicio de esa actuación típicamente política. Es, cabalmente, en ese entorno funcional en donde, de modo paulatino, se fue abriendo paso un conjunto de figuras de apoyo y asesoramiento del Presidente del Gobierno y, en general, del órgano gubernamental. Figuras que, dotadas de una larga tradición en los sistemas parlamentarios, aparecen poco a poco entre nosotros a partir de la transición política en 1977. La responsabilidad que asume el Presidente del Gobierno ante las Cortes Generales, como consecuencia del otorgamiento de la confianza, lleva a la teoría a señalar que se «ha planteado la necesidad de la existencia de un grupo de personas, más o menos organizadas entre sí, cuya función sea la de asesorar de manera rápida y eficaz al Presidente en las decisiones que éste haya de adoptar, principalmente en las de carácter técnico, pero también en las de carácter político» (9).

Así, se va configurando con una cierta estabilidad la figura de los *Asesores* presidenciales o del Gobierno. De los denominados en 1977 «Asesores Especiales del Presidente del Gobierno», se pasa a una formalización del denominado *Gabinete del Presidente del Gobierno*, creado también en 1977. Tanto los Asesores como el Gabinete van dando vida a un *orden interno* en el que se conjugan tanto los equipos o personas que componen lo que se llama el *Asesor personal* como el *Asesor institucional*. Todo un estrato que queda más allá y al margen de la organización administrativa. En ese entorno, como señala L. ORTEGA, «la característica más señalada sería, sin embargo, la ausencia de verdaderos órganos de gestión de servicios públicos, lo que libera al Presidente de una responsabilidad inmediata y le sitúa fuera de toda relación directa con la Administración Pública» (10).

La LG recoge una *estructura de apoyo* al mismo, en su Título II (arts. 15 y 16). En el artículo 16.4 se diferencia con claridad entre estos órganos y la organización administrativa. La Ley sólo contempla el régimen de nombramiento y cese de los Directores de Gabinete. Es que, en realidad, su *funcionamiento* se rige por reglas diferentes de las que corresponden a los órganos burocráticos o colegiados de

(9) A. BAR CENDÓN, *El Presidente del Gobierno en España*, Civitas, Madrid, 1983.

(10) L. ORTEGA, *El Arte de Gobernar. Historia del Consejo de Ministros y de la Presidencia del Gobierno*, Tecnos, Salamanca, 1992, pág. 194.

la Administración del Estado. No obstante, la propia Ley del Gobierno ha proporcionado formalización jurídica a una parte de esa estructura de apoyo. Esta formalización se produce, precisamente, en relación con los órganos destinados a una relación permanente entre el Gobierno y la Administración del Estado. El resto queda al margen de dicha formalización: se radica en el margen de autoorganización que, en el propio orden interno, tiene el Gobierno. *Potestad doméstica*, con mayor o menor amplitud, se reconoce a las instituciones, públicas y privadas. Aun en los supuestos de instituciones con una formalización jurídica rígida, como ocurre con las Administraciones, queda un residuo en el que se hace presente el poder de autoorganización. Su fundamento se encuentra en la responsabilidad institucional que se asume; de ahí el reconocimiento de un ámbito en el que la voluntad que asuma una responsabilidad encuentre en el poder de autoorganización su contrapartida (11). Autoorganización y responsabilidad institucional permanecen, por ello, en una constante imbricación. La autonomía de la institución gubernamental, proyectándose sobre un campo como es el estrictamente doméstico, tiene una aptitud creadora, tanto de figuras que respondan a una determinada tipicidad legal (como podría ser, por ejemplo, la figura de un Gabinete acogido a los preceptos de la LG o de la LOFAGE); o, por el contrario, *llevar a cabo una creación jurídica diferente*. Resultará indispensable añadir que la esfera reservada al Gobierno se rige, predominantemente, por *interna corporis*: es decir, reglas de actuación y de entendimiento entre las personas integrantes del ámbito gubernamental, en el que no es precisa la formalización de normas jurídicas, en un conjunto de casos. Y, desde luego, la esfera gubernamental se rige por reglas internas en las que no es de aplicación, en principio, el Derecho Administrativo, que está pensado y formulado para situaciones jurídicas diferentes. Problema distinto es el de la posible justicialidad de decisiones procedentes de la esfera gubernamental, bien por una falta de competencia para ello, bien por lesión de derechos fundamentales (12).

(11) De este modo, el silencio del legislador queda cubierto por la fuerza de la autonomía de la propia institución. Entre otros, el Dictamen del Consejo de Estado de 24 de febrero de 1966 (Expediente núm. 32552, Recopilación de Doctrina Legal 1965-1966).

(12) Su posible aplicación al Gobierno, en J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *El Gobierno en acción*, o. cit.; M. J. ALONSO MÁS, *La fiscalización jurisdiccional de la actividad sin valor de ley de los parlamentos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999; E. ARANDA ÁLVAREZ, *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998; L. M. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, *La autonomía administrativa de las Cámaras parlamentarias*, Cuadernos de los Studia Albornotiana, Zaragoza, 1985; A. EMBID IRUJO, «La justiciabilidad de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos», en *Homenaje a CARCIA DE ENTERRÍA*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991; J. M. GIL ROBLES Y GIL DELGADO, «Los Reglamentos de las Cámaras», en *Las Cortes Genera-*

B) *El derecho ciudadano a la participación en el ejercicio de funciones públicas según mérito y capacidad*

1. *La Administración Pública: elementos componentes de su estructura.*

La Administración se estructura al margen de las lealtades políticas. Su fundamento no radica en la confianza política que el Parlamento le otorga, como ocurre con el Gobierno. Frente a aquellas lealtades, la Administración Pública se fundamenta en el *principio del mérito y capacidad* (arts. 23.2 y 103.3 CE); el mérito y capacidad vienen acompañados de la *profesionalización* y la permanencia de sus integrantes. Frente a la renovación temporal de la confianza política, los integrantes de la Administración Pública se insertan en ella, de acuerdo con el principio de mérito y capacidad, *para el desarrollo de la profesión propia* y, por consiguiente, con carácter de adscripción definitiva; lo que se acompaña con el apartamiento de sus miembros del mercado de empleo, mediante el establecimiento de las incompatibilidades. Precisamente, en los trazos de *permanencia* y de *profesionalización* se apoya la característica de la Administración en su actuar: la eficacia y la objetividad, con la garantía de *imparcialidad* para sus integrantes (13).

2. *La constitucionalización del principio del mérito: la consagración del derecho individual.*

La primera expresión constitucional del principio del mérito se encuentra en la *Constitución de 1837*: «todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad» (art. 5.º). La Constitución de 1812 había vinculado los empleos públicos a la posesión de la ciudadanía española (arts. 23, 91, 223, 231, 251). El *Estatuto Real de 1834* había prescindido de la tabla de derechos fundamentales de la persona. Por ello, desde agosto de ese mis-

les, vol. 1, IEF, Madrid, 1987; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento*, en el núm. 107 de esta REVISTA, Madrid, 1985; T. QUINTANA LÓPEZ, «El control jurisdiccional de las decisiones parlamentarias», en *Homenaje a CARCIA DE ENTERRIA*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991; I. TORRES MUÑOZ, *Actos internos de las Cámaras y recurso de amparo*, en «REDC», núm. 12, 1984.

(13) Entre la amplísima bibliografía, dos citas significativas y contrapuestas, las de M. WEBER, *¿Qué es la burocracia?*, Leviatán, t.e. Buenos Aires, 1985, e I. DEUTSCHER, *Las raíces de la burocracia*, t.e. Barcelona, 1969.

mo año se formaliza en las Cortes la petición de que tales derechos queden incorporados a la norma fundamental; entre ellos, el de la admisibilidad por igual de todos los españoles a los empleos civiles y militares; igualdad que será de aplicar «sin más distinción que la capacidad y el mérito». Desde entonces, hasta llegar a la Constitución vigente, todas recogerán el precepto.

Sin embargo, la consignación del mérito tiene un significado bien distinto al comienzo y al final de la evolución constitucional. En la fase germinal del Estado español contemporáneo, la apelación al mérito de cada uno se sitúa en un contexto que es el que le proporciona todo su sentido: es el del liberalismo burgués, dispuesto a abatir los privilegios aristocráticos derivados de la estirpe; que opone, a la supremacía con que unos han nacido, el valor del propio hacerse del esfuerzo individual que permite a cualquiera sobrepasar a los demás. Obsérvese, sin embargo, que esto conlleva la distinción entre unos y otros: el mérito es el factor que respalda frente a los demás al que, elegido o designado, reciba el honor y la carga de las funciones públicas.

El sistema del mérito es fruto de una evolución que se desenvuelve en dos planos sucesivos. Uno, primero, en el que se llega a la afirmación de que el acceso a los cargos y funciones administrativos constituye un derecho del ciudadano, abierto a todos, terminando con la concepción de aquél como un privilegio propio de la estirpe o fruto del dinero. Establecida la igualdad ciudadana, será entonces cuando vaya abriéndose paso la instrumentación de un sistema en cuya virtud los cargos y funciones se otorgan a aquel o aquellos aspirantes que mayores méritos tengan para ello. Al hilo de esa instrumentación, el sistema del mérito tiende a proyectarse no sólo en el instante en que se accede a la Administración Pública, sino también a lo largo del ejercicio de la profesión en ella; se trata, pues, de una proyección que abarca tanto el ingreso en la Administración como el desenvolvimiento, en el seno de la misma, de la denominada carrera administrativa. Aquí se hacen presentes las necesidades públicas apreciadas de un modo objetivo, y de ahí el requerimiento de que los servidores públicos posean la *idoneidad* precisa para el desempeño de los distintos cargos y funciones administrativos. Ese ejercicio, reconocido de modo expreso en el *artículo 23.2 CE*, no se fundamenta en una legitimación democrática, sino en el *principio de mérito y capacidad*: cada uno de los ciudadanos tiene derecho al ejercicio de un cargo o función pública, según el mérito y capacidad que le haya sido apreciado de acuerdo con el principio constitucional de igualdad. Por consiguiente, accede al ejercicio de un cargo o función pública, no en virtud de la confianza política recibida en unas elección

nes, o en una mayoría establecida en el seno del Congreso de los Diputados. Su fundamento, como el procedimiento de acceso a la función profesional, es bien diferente: es un derecho individual, el suyo, contrastado con otros derechos individuales, y realizado como consecuencia de que el mérito y capacidad profesionales demostrados son superiores a los de otros ciudadanos, a efectos del ejercicio de una función o cargo público determinado (14).

La CE hace radicar en la legitimación democrática cualquier tarea de poder que haga referencia a su ejercicio frente a los ciudadanos. No obstante, es la propia trayectoria histórica del Estado, de las formas constitucionales y de los textos actuales la que configura una legitimación diferente de la democrática, a efectos del ejercicio de funciones públicas profesionales. Establecida esa diferenciación y ese doble camino, la CE sienta la superioridad de la legitimación democrática sobre cualquier otra (*arts. 97, 99 y 101*). Pero esa superioridad no lleva consigo el desconocimiento de cualquier otro modo de acceso a la función pública y de legitimidad en su ejercicio (*arts. 23.2 y 103.3*). Dentro del marco diferente del propio de la política y el ejercicio de la legitimación democrática, hay un campo, que la CE reconoce, para el ejercicio de un derecho personal, expresado y materializado en el desarrollo de una función o cargo público. La CE añade que el ejercicio de ese derecho a las funciones públicas administrativas se ha de ejercer de acuerdo con una *imparcialidad*, que es la que garantiza el *artículo 103.3* de la propia CE. Podemos recapitular sentando las dos afirmaciones básicas siguientes: 1.º La CE establece como un derecho individual del ciudadano el incorporarse a la organización pública administrativa, de acuerdo con el mérito y capacidad demostrado; y, precisamente, *para incorporar a la organización administrativa su propio saber: para realizar, en condiciones de imparcialidad, las aportaciones de criterio y profesionalidad que le son propios* (15). Es un derecho fundamental. 2.º La CE traza el ejercicio de ese derecho subrayando y garantizando la imparcialidad en el ejercicio de la función o cargo encomendado a ciudadanos individuales. Precisamente, esta objetividad de la Administración (*art. 103.1*), y la correlativa imparcialidad del funcionario (*art. 103.3*), son

(14) M. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992; L. MORELL OCAÑA, «El Derecho Administrativo y sus Fuentes. La Organización Administrativa y sus Medios», en *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Aranzadi, Madrid, 1999; VV.AA., *Sobre la renovación del sistema de mérito y la institucionalización de una función directiva pública en España*, «Documentación Administrativa», núms. 241-242, enero-agosto 1995.

(15) K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, i.it. Milano, 1970, págs. 169-170; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Univ. Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1980, pág. 23.

rasgos que aparecen en el perfil constitucional de la Administración Pública, y no en el que caracteriza al Gobierno.

La evolución del Derecho Administrativo ha puesto de relieve que los procesos de satisfacción de los fines de interés general conllevan esa *impredecibilidad* a que se refiriese HART. Son precisas, pues, normas flexibles (16), que impongan *criterios* sobre lo justo; criterios que permitan a la Administración Pública cumplir con el papel que la Constitución le confiere: ese cometido es de imposible desempeño si el esquema de la división de poderes se entiende desde la visión puramente mecánica, más propia de la Física de la época de MONTESQUIEU. La realidad contemporánea exige una aplicación abierta de una legalidad que brinde opciones, que proporcione márgenes de apreciación de los problemas y las soluciones, en el entorno de los intereses públicos. Lo que no impide que, *a posteriori*, la Jurisdicción enjuicie la *razonabilidad* del comportamiento administrativo, en aplicación de los criterios establecidos por la Ley. Es así como el Derecho privado pudo ir cubriendo vacíos que la evolución tecnológica ha ido generando; toda la ulterior sistematización de un Derecho de daños, que emprende la teoría alemana a partir de determinados principios generales —buena fe (17), responsabilidad—, constituye un ejemplo de una tarea creadora que, en otros ámbitos, es también indispensable. Como en el ya lejano pasado, la jurisprudencia, además, puede así volver a ser un patrimonio de saber no especulativo, que no se mira a sí mismo, sino que va destinado a proporcionar el punto de vista de lo *bonum et equum* sobre los problemas que la realidad de las necesidades públicas plantea.

Al menos los problemas de las antinomias, las lagunas, la determinación de la norma desde la perspectiva del caso, la construcción escalonada del sistema jurídico, y las aportaciones del pensamiento jurídico, constituyen hipótesis en las que quienes aplican la legalidad tienen que vencer las dificultades que la Ley, en cuanto tal, les ha presentado. En primer lugar, la teoría se ha planteado la problemáti-

(16) La distinción entre normas rígidas y flexibles, en F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, 1.º, Madrid, 1956. La profundización en las distintas hipótesis de elasticidad de las normas se ha venido realizando, entre nosotros, desde la preocupación por el control jurisdiccional; sobre todo, desde el camino que queda abierto con la publicación del citado *La lucha contra las inmunidades del poder*, de GARCÍA DE ENTERRÍA. Desde perspectivas de análisis teórico más generales, M. MARTÍN GONZÁLEZ, *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, núm. 54 de esta REVISTA, 1967; y J. F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, o. cit.

(17) La proyección de determinados aspectos del principio jurídico general de buena fe en forma de estándar, en L. DíEZ PICAZO, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963; J. L. DE LOS MOZOS, *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*, Barcelona, 1965. Véase también F. WIEACKER, *El principio general de buena fe*, t.e. Madrid, 1982.

ca de las antinomias. En ellas, se presenta una hipótesis en la que más de una de las normas vigentes puede ser objeto de aplicación. La superación de las antinomias lleva consigo una elección de la norma que sea aplicable (18). En este aspecto, la doctrina constitucionalista ha puesto de relieve cómo los Tribunales Constitucionales pasan, en ocasiones, de lo que es la argumentación normativa a una discusión en la que los valores que representan las distintas normas cobran una valoración superior al argumento estrictamente normativo. Se trata, sobre todo, de normas abiertas en las que el problema de «concretización» que señala HABERMAS es un problema que ha de asumir la jurisprudencia constitucional, y tratarlo como un problema propio. Es que el cometido previsto en la Constitución para este tipo de problemas de aplicación es adjudicado al propio Tribunal Constitucional, que es el que ha de resolverlo. La mención a la jurisprudencia de valores se realiza, al menos, como un eco de lo que, al respecto, trabajó la clásica jurisprudencia de valores, a partir de HECK (19).

Otra de las cuestiones que han puesto de relieve la problemática que presenta la aplicación del Derecho, desde el punto de vista, por lo menos, de la contribución a la creación del mismo, es la de las lagunas que presenta el propio Derecho positivo (20). La interpretación del Derecho ha de resolver, de acuerdo con lo que la propia legalidad disponga, los vacíos que presenta la legalidad, si no se pueden cubrir recurriendo, incluso, a las fuentes subsidiarias establecidas por la propia legalidad. Es la interpretación integrativa, claramente establecida en el pensamiento jurídico, en lo que atañe al sentido y al alcance.

La perspectiva de la determinación o concreción de la norma aplicable, adoptada desde la perspectiva del caso planteado, tiene amplias resonancias en el pensamiento jurídico. Así, un razonamien-

(18) Problemas y soluciones de las antinomias normativas, en J. ITURRALDE SESMA, *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 77 y ss.; L. PRIETO SANCHÍS, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, «Cuadernos de Derecho Político», núm. 11, INAP, septiembre-diciembre 2000, págs. 9 y ss.; E. BETTI, *Interpretación de la Ley de los actos jurídicos*, EDESA, t.e. Madrid, 1975, págs. 130 y ss.; N. BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, Fernando Torre-Editor, t.e. Valencia, 1980, págs. 349 y ss.; Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, t.e. Madrid, 1988, págs. 56 y ss.

(19) G. HECK, *El problema de la creación del Derecho*. En este aspecto, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, o. cit., págs. 136 y ss.

(20) A. ROSS, *Teoría de las Fuentes del Derecho*, o. cit., págs. 385 y ss. Aquí, un planteamiento clásico, en F. GENY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, t.e. Madrid, 1925, págs. 292 y ss. Desde otro punto de vista, RODRÍGUEZ PANIAGUA, *El principio de plenitud del ordenamiento jurídico*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», núm. 253, 1973, págs. 249 y ss.; J. L. DE LOS MOZOS, «Norma, principio y sistema de integración del ordenamiento jurídico», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor DE CASTRO*, vol. II, Madrid, 1976; J. L. VILLAR PALASI, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, 1975.

to desde los principios y, por consiguiente, la fuerza creadora de los mismos aparecen en doctrinas tan diferentes entre sí como pueden ser las de ESSER (21) y DROWKIN. El planteamiento de los papeles que cumplen la directriz y, sobre todo, el principio resalta en toda la problemática que aborda este autor (22). Y es aquí en donde se puede inscribir toda la doctrina de la tónica, que busca desde el problema los criterios que sean aplicables, y la argumentación en teorías como las de PERLMANN. En definitiva, la contemplación del Derecho positivo como una *textura abierta*, en el sentido de WEISMANN y HART, que implica la presencia de un conjunto de actores cualificados, profesionales, que al aplicar el Derecho tienen que ayudar a la creación o individualización del mismo, frente a los problemas que plantea la realidad. Se trata, como diría MERKL (23) o como señala LARENZ (24), el Derecho que se aplica es producto no sólo del legislador, sino también de la transformación y desarrollo de *institutos jurídicos* que el pensamiento y la jurisprudencia han ido creando en una tarea de desenvolvimiento de los imperativos constituidos por el poder parlamentario.

Por consiguiente, frente a la legitimación democrática de que es titular el Gobierno, la CE opone la imparcialidad del funcionario que, con carácter de un derecho fundamental, se incorpora para el ejercicio de la propia profesión a la Administración Pública.

II. LA ADMINISTRACIÓN COMO INSTITUCIÓN SUBORDINADA. SU DEPENDENCIA DEL GOBIERNO

A) *Los órganos y el instrumental para la dirección gubernamental de la Administración Pública*

1. *El Presidente, los Ministros y el Gobierno.*

La tarea de dirección de la Administración Pública se encarna en el Presidente del Gobierno (25), los Ministros y las competencias

(21) J. ESSER, *Principio y norma en la aplicación jurisprudencial del Derecho privado*, o. cit.

(22) R. DWROKIN, *Los derechos en serio*, págs. 73 y ss.

(23) MERKL, *Teoría general del Derecho administrativo*, págs. 132 y ss.

(24) K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, o. cit., pág. 315.

(25) A. BAR, *El Presidente del Gobierno en España. Encuadre constitucional y práctica política*, Civitas, Madrid, 1983; P. GONZÁLEZ MARÍNAS, *Génesis y evolución de la Presidencia del Consejo de Ministros en España (1800-1875)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.

que, en relación con ello, tiene el Consejo de Ministros (26). Al Presidente del Gobierno se le otorga de modo expreso la competencia para dirigir y coordinar la *acción del Gobierno* (arts. 97 y 98 CE). El Presidente, además, elabora y establece las *instrucciones* dirigidas a los demás miembros del Gobierno, sobre la realización de la tarea que le corresponda; sobre todo en relación con el Ministerio de que sea cabeza de la *jerarquía*. Corresponde a los Ministros llevar a cabo, con competencia y responsabilidad propias, la gestión de cada Ministerio. En último término, al Consejo de Ministros le corresponden dos previsiones fundamentales para el desarrollo de la Administración Pública. Por una parte, la elaboración y aprobación de los programas, planes y directrices que son vinculantes para todos los órganos de la Administración Pública; y, por otra, la elaboración de la propuesta del presupuesto y, por consiguiente, de la capacidad de gasto que va a corresponder a cada uno de los Ministerios y, en general, de la Administración del Estado.

2. *El programa de gobierno y las directrices.*

La expresión «programa político del Gobierno», que emplea la LG, enlaza con la misma expresión que aparece en el artículo 99.2 CE, como competencia del candidato a Presidente del Gobierno. Sería dicho programa un documento que se presenta en el Congreso de los Diputados a los efectos de que el candidato consiga la mayoría necesaria para ser investido. El *programa político* del Gobierno viene a ser, ante todo, un *conjunto de propósitos* que hace expresos el candidato a Presidente del Gobierno en la sesión de investidura. Esas intenciones se refieren a la futura actividad del Gobierno, durante el tiempo que goce de la confianza del Parlamento. Es una *declaración recepticia* dirigida por el candidato a la Asamblea representativa. La declaración tiene naturaleza política y es dirigida al Congreso, que es quien podrá exigir, en su momento, una responsabilidad en caso de incumplimiento. Pero habrá de subrayarse que es un compromiso político, y en ningún aspecto jurídico. No tiene eficacia frente a terceros, que no podrán exigir sus contenidos ante cualquier tribunal

(26) L. M. DIEZ PICAZO, «La estructura del Gobierno en Derecho Español», en *El Gobierno: Estudios*, «Documentación Administrativa», núm. 215, julio-septiembre 1988, págs. 41 y ss.; J. LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1996; VV.AA. (cd. L. PAREJO ALFONSO), *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, BOE, Madrid, 1996; VV.AA. (coords. G. RUIZ RICO y S. GAMBINO), *Formas de Gobierno y sistemas electorales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; VV.AA. (dir. O. ALZAGA VILLAMIL), *Constitución Española de 1978. Tomo VIII: Artículos 97 a 112*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.

de justicia. Debe expresar también los objetivos y medios de la política del Gobierno, en general y en relación con la Administración Pública. En ese contexto, el programa realiza subrayados en determinados aspectos, dentro de las alternativas que la CE proporciona a los equipos gobernantes; establece prioridades y modos de cumplimiento, de acuerdo con la opción política que mantenga el candidato. El programa político del Gobierno no es igual al programa electoral que haya sostenido el propio candidato. Puede haber, por ejemplo, un pacto para lograr la mayoría que apoye al futuro Gobierno e, incluso, un pacto de legislatura. En definitiva, el programa político del Gobierno es la *expresión de los objetivos de la fuerza o fuerzas políticas que componen la mayoría parlamentaria que otorga la confianza al candidato a Presidente del Gobierno*. Tiene, por consiguiente, una *naturaleza y contenido políticos*: es documento integrante de un *acto de relación interinstitucional*, entre el candidato a Presidente y el Congreso de los Diputados (27).

Si el programa político del Gobierno es un documento característico de la propia esfera gubernamental, no lo son, en cambio, las *directrices* del Presidente del Gobierno que se dirigen a los Ministros y a los demás elementos componentes del Poder Ejecutivo. Tienen una primera conexión genuinamente *política*, cuando se refieren a los componentes del Gobierno, y un carácter estrictamente *jurídico*, cuando se refieren a personas e instituciones colocadas más allá de la esfera gubernamental. Esas directrices del Presidente son relativas a la actuación del Gobierno y de la Administración Pública, en relación con los intereses generales. Se refieren, ante todo: 1.º) a marcar unas prioridades en relación con las materias propias de la acción pública, y el tiempo en que han de llevarse a cabo; 2.º) señalar los medios jurídicos y económicos que sean precisos para la realización de esas tareas y prioridades; 3.º) puede señalar el sentido en que han de entenderse e imponerse, en el interior del Gobierno y la Administración Pública, diversas nociones que tienen un contenido variable: así, la interpretación de la Ley, las decisiones sobre alternativas que permite la discrecionalidad del legislador, los valores atendibles con carácter primordial en el desarrollo de la acción del Gobierno (señalando prioridades y programas de gasto, de cobertura de necesidades más o menos ampliamente, con mayor o menor intensidad, como

(27) L. AGUIAR, *La estructura del proceso de formación de gobierno. El caso español en el marco del Derecho comparado*, en «Revista del Departamento de Derecho Político», núm. 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia, primavera 1980; J. NICOLÁS MUÑIZ, «Programa político y legislativo del Gobierno. Pactos de coalición y contrato de legislatura», en *Organización y funcionamiento del Gobierno*, «Documentación Administrativa», núm. 188, Madrid, octubre-diciembre 1980.

ocurre, por ejemplo, en el gasto sanitario); 4.º) la utilización de variables características en la política económica, social y cultural: así, por ejemplo, las técnicas y propósitos relativos a la utilización de la política monetaria, presupuestaria, etc. Las directrices del Presidente son *mandatos sobre la actividad a desenvolver por los Ministros y el Gobierno*; y, a través de ellos, de la Administración estatal (28).

B) *La jerarquía administrativa como punto de apoyo de la función directiva del Gobierno*

1. *La potestad de jerarquía administrativa de los Ministros.*

Establecidas las directrices del Presidente, puede impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno. A su vez, a los Ministros les corresponde, como señala el artículo 4 LG, «desarrollar la acción del Gobierno en el ámbito de su Departamento, de conformidad con los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros o con las directrices del Presidente del Gobierno». En lo que hace a las funciones administrativas, en ocasiones la propia CE permite alguna indistinción; así, por ejemplo, cuando se refiere al desarrollo de la función *ejecutiva*, en la que se integran Gobierno y Administración. Y hay que añadir que se integran bajo las exigencias de un principio de *unidad*: el Gobierno realiza la función ejecutiva a través de la Administración. Este es el vínculo fundamental porque la Administración queda vinculada por los objetivos del Gobierno. Se ha de añadir que ello se produce con un apartamiento expreso, con una prohibición legal, de seguir la dinámica del pluralismo político, del que la Administración y sus integrantes deben quedar al margen. Así ha de atisbarse la problemática de la distinción funcional entre Gobierno y Administración Pública. La Administración no es, y así lo muestra la CE, una simple prolongación del Gobierno. La Administración es una institución al servicio de los intereses generales, ateniéndose a las pautas de objetividad, eficacia y sumisión plena a la Ley y al Derecho. Esto la diferencia de una situación de mera instrumentalidad del Gobierno, sin perjuicio de que sea, efectivamente, instrumento de la acción gubernamental. La Administración está pendiente de la profesionalidad de sus integrantes, y de los objetivos de eficacia, sumisión plena a la Ley y al Derecho y objetividad. El Gobierno realiza la dirección de la Administración Pública, y la Administración es di-

(28) W. HENNIS, *La competencia para determinar las directrices de la política y técnica del Gobierno*, Escuela Nacional de Administración Pública, 1972.

rigida por el Gobierno. Pero las funciones de dirección y gestión son distintas, diferenciables, aunque vinculadas entre sí. La sustantivación de la dirección y la gestión impedirían las concomitancias entre Gobierno y Administración, al margen de lo deseable. Las funciones son distintas y la responsabilidad también. La responsabilidad del Gobierno es genuinamente política y, en situaciones excepcionales, puede ser jurisdiccional; la responsabilidad de la Administración es genuinamente jurídica y exigible por las instancias jurisdiccionales.

Los Ministros tienen a su cargo, para ello, un conjunto de órganos unificados en torno a la noción de Ministerio. En el interior del mismo, el Ministro tiene no sólo las atribuciones que le corresponden como miembro del Gobierno, sino también la Jefatura del correspondiente Ministerio. De este modo, la articulación del Gobierno con la Administración Pública reposa sobre el estricto principio de jerarquía a que se refiere el *artículo 103.1 CE*: el Presidente del Gobierno dirige la acción de los Ministros, que se sitúan por debajo del mismo en el contexto del Gobierno. La relación entre ellos es una relación de confianza, que deposita en el Ministro el Presidente del Gobierno; y se mantendrá en el cargo mientras esa confianza le sea sostenida. A partir de ahí, el Ministro es el superior jerárquico del resto de los órganos del Ministerio; y, por consiguiente, tiene las competencias que en concepto de superior jerárquico le corresponden; a este respecto, el *artículo 21 LRJAPE (29)*.

2. *Las modulaciones del lazo jerárquico a tenor del carácter de las actividades.*
 - a) La distinción entre burocracia maquinal y burocracia profesional.

En esencia, la organización administrativa gravita sobre una concepción de la jerarquía, entre los distintos órganos o entre las personas que la componen, cuyo centro de gravedad radica en la tendencia constante a *otorgar un predominio, absoluto o relativo, a la voluntad del superior*. Se afirma, en los términos habituales, que una organización está estrictamente jerarquizada *cuando la voluntad del superior se impone, sin más, en los grados inferiores de la organización*. Esta, entonces, tiene por objeto hacer efectiva esa voluntad pre-

(29) A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Società Editrice Vita e Pensiero, Milano, 1936; A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello stato*, CEDAM, Padova, 1931; VV.AA., III. *Administración y Constitución: el principio de jerarquía*, «Documentación Administrativa», núm. 229, enero-marzo 1992.

dominante, mediante la actuación de los subordinados. El personal que compone los distintos órganos o unidades inferiores queda paulatinamente *desprovisto de una propia voluntad*, de una aptitud o libertad para decidir o actuar; *porque sólo tiene como objetivo organizatorio la realización de la voluntad colocada en el vértice de la organización*. Como correlato, es esa voluntad predominante la que se hace cargo por entero de la *responsabilidad* a que haya de hacer frente la organización. Es así como se da vida a lo que se ha denominado la burocracia *maquinal*, en la terminología de MINTZBERG; concebida como componente básico de las organizaciones, tanto públicas como privadas, de cierta envergadura, siguiendo la estela de Max WEBER (30).

Esa óptica unitaria, monolítica, que descansa en la concepción más rígida del principio de jerarquía, se encuentra ante una obligada refracción, que quiebra su trayectoria, cuando se avista la burocracia *profesional*. Una y otra nociones constituyen los criterios polares de una función pública que abarca una gama de situaciones diferentes entre sí; aunque la jurisprudencia, sobre todo la constitucional, se resiste a distinguir y recoger la completa realidad que encierra el funcionariado en su conjunto. Desde el punto de vista jerárquico, el grado más intenso lo ocupa aquel en que el inferior encuentra el límite a la obediencia en la ilegitimidad del mandato; el grado menos intenso es aquel en que el inferior cuenta con una voluntad propia que el Derecho positivo protege. Así, la *STC 182/1990, de 15 de noviembre*, de la que podemos entresacar las afirmaciones siguientes:

«... no cabe entender como incumplimiento de deberes funcionariales la falta de coincidencia del criterio valoratorio de la Inspectora de Trabajo con el sustentado por sus superiores respecto de los hechos determinantes de la actividad de inspección, ni es posible, por consiguiente, subsumir la conducta reprochada en el tipo normativo que permite sancionar con traslado forzoso la falta grave de “incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario”. ... no puede reprocharse incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario porque el órgano sancionador disienta de la previa calificación jurídica de unos hechos observados por la Inspectora de Trabajo en el ejercicio de sus funciones propias... no es constitucionalmente posible incluir entre tales deberes la plena y previa sintonía con sus su-

(30) M. WEBER, *¿Qué es la burocracia?*, o. cit.

periores en la valoración de los supuestos fácticos sometidos a conocimiento e inspección del funcionario. El disentimiento a posteriori de la autoridad administrativa no puede trocarse en un incumplimiento a priori de los deberes de funcionario...».

Varias notas cualifican a estos otros burócratas: 1.^a) el profesional ha de poseer los saberes correspondientes, y de ese saber responderá, en su caso, si no los cultiva o no está «al día»; 2.^a) dominando el saber, tiene ya capacidad de análisis y de propuesta o adopción de la decisión adecuada: en base a esa capacidad, se le defiende un margen de opción en cada caso que se le plantee; 3.^a) ese margen genera la posible responsabilidad personal —y no sólo de la Administración—, a tenor de los resultados que se produzcan. En la burocracia maquina, el funcionario dispone únicamente con la aptitud necesaria para llevar a cabo la decisión de otro; en este otro tipo burocrático, el profesional cuenta con los conocimientos y la libertad para decidir, por sí mismo, ante los problemas que la realidad le plantea y cuya solución le corresponde (31).

b) «Facer» justicia y gerencia de servicios.

La planta del Estado español contemporáneo, que se va asentando una vez se supera el primer tercio del siglo pasado, incluye una concepción de la Administración Pública en la que, a partir del modelo de sistema administrativo que se ha impuesto en Francia, se incorporan otros rasgos que le proporcionan un propio perfil. De aquella concepción resalta, ante todo, el designio de construir una Administración omnipresente, que asume en posición de monopolio la satisfacción de los intereses generales. Detrás de la expresión *fomento* (32). Pero, además, el constitucionalismo recoge y acentúa de hecho un viejo rasgo de la Administración antecedente: el que la orienta a «facer justicia» (33), a la realización del Derecho. Surge, así, un paralelismo entre Administración y Juez que supone una reverberación de antiguas pautas institucionales; por otra parte, una tenden-

(31) H. MINTZBERG, *La estructuración de las organizaciones*, Ariel, t.e. Barcelona, 1988.

(32) El sentido de la expresión, en el contexto histórico, en mi trabajo «La competencia de fomento de las Diputaciones provinciales», en el volumen colectivo *La provincia en el sistema constitucional*, dirigido por R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Barcelona, 1991, págs. 113 y ss.

(33) J. M. PÉREZ-PRENDES, *Facer justicia. Notas sobre actuación gubernativa medieval*, «Moneda y Crédito», núm. 129, 1974.

cia asimilista y suplantadora de la Administración respecto a los Jueces, de modo que la Administración también se dedica a «hacer justicia». El poder administrativo, en el contexto del Estado de Derecho, asume, de este modo, los ideales de realización de la justicia de un modo harto peculiar. Dada su omnipresencia en la sociedad, y la inmediatividad de su acción sobre ella, se encuentra en condiciones de adelantarse una y otra vez a la intervención del Poder Judicial. Es así como la Administración va paulatinamente entendiendo su función en actitud mimética respecto de la del Juez, y abandonando de modo correlativo un modo propio de actuar en la tarea de realización de la justicia. Ese mimetismo se hace ostensible hasta en la *procesalización* de la actividad administrativa (34); el procedimiento administrativo se ha venido a concebir a imagen y semejanza del proceso judicial; tanto que hay un patrón común para los actos procesales y los del procedimiento; en éste, como en aquél, comparecen enfrentadas las partes, en cuanto portadoras de intereses contrapuestos; y la resolución, en fin, ha de adoptarla la Administración con arreglo al Derecho en vigor. En último término, el interesado accede al Juez como si éste sólo fuese competente en concepto de segunda instancia, instancia revisora destinada al fallo de los recursos.

Se trata de hacer justicia y, de ese modo, *proporcionar seguridad jurídica a la sociedad civil*. Estos profesionales participan, además, en el ejercicio de funciones de autoridad y, por ello, la nota fundamental de su situación profesional ha de ser la de la *imparcialidad*. Es a partir de esa seguridad que se proporcione a la colectividad como ella tendrá a su favor lo que algunos teóricos denominan una *eficacia asignativa*: la sociedad civil optimizará sus actividades si cuenta con un marco de desenvolvimiento en el que impera la justicia, se realiza con la mira puesta en la imparcialidad, y por consiguiente luce, por encima de todo, el principio de la seguridad jurídica (35).

La evolución va colocando en planos distintos las exigencias de

(34) L. M. MIGUEL IBARGÜEN, *Vía gubernativa*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1883.

(35) E. DÍAZ, «III. Derecho, Seguridad, Justicia», en *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971, págs. 40 y ss.; A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 26; J. PRATS I CATALÀ, *Servicio civil y gobernabilidad democrática*, en «Revista Iberoamericana de Administración Pública», núm. 1, INAP, Madrid, julio-diciembre 1998, págs. 21 y ss.; J. M. REYES MONTERREAL, «Capítulo II: La seguridad jurídica», en *Prevención de algunos riesgos judiciales. Interpretación de las Normas Jurídicas, la Seguridad Jurídica y la Unificación de Doctrina Legal*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 143 y ss.; J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR ESCURRA, «El Derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro Derecho», en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Estudios en homenaje al Profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ I., Civitas, Madrid, 1993, págs. 79 y ss.

eficacia y de «lo justo». La primera será, al principio, un problema político: el diseño de una organización administrativa adecuada, dotada de los siguientes medios, se incardina en el ámbito de las relaciones entre Parlamento y Ejecutivo. Será en todo caso éste quien sea el portador de la exigencia de eficacia, y el Gobierno el responsable, siempre en un plano político, de obtenerla de la organización administrativa que le subyace. La valoración de la problemática de la cobertura de las necesidades colectivas por la organización administrativa sería cuestión que escapa, en todo caso, a la acción procesal del súbdito y a la óptica propia del Poder Judicial. Esta perspectiva permite extraer el significado del «principio de eficacia» que figura en el *artículo 103.1* (36). Viene a cubrir dos significativos vacíos en que ha incurrido la legalidad administrativa. De un lado, su desentendimiento respecto de pautas de comportamiento de las organizaciones sociales, en general, y de las empresariales en particular: reglas referidas a ese comportamiento, a los efectos de su mayor *eficiencia, productividad*, etc. Constituyen estas nociones una formalización de la idea de eficacia de las organizaciones; los cánones de conducta que se vienen formulando a tal efecto no han traspasado, salvo en una pequeña parte, el umbral de la legalidad administrativa (37). El desenvolvimiento de la profesión administrativa deberá mostrar, no sólo los saberes con que cada uno cuenta; también, y sobre todo, el modo cómo el profesional, contando con esos saberes, afronta los riesgos que se presentan en su sector, y aporta soluciones en el contexto del Estado; y la colectividad que jurídicamente expresa (38). Ello implica una *capacidad de comunicación*: receptividad hacia los mensajes y sensibilidad para llegar a unos y otros. Haciendo uso de los lenguajes predominantes, en el seno de las colectividades y sus Administraciones: el lenguaje informático, la contabilidad, una cierta idea de transmitir información a través de los medios de comunicación. Se trata de la comunicabilidad con políticos y con la colectividad. Los políticos manejan otro lenguaje y se radican en mundos diferentes del propiamente profesional. La identificación del mundo y el lenguaje de los políticos permite al profesional identificarse con ellos, ser *receptivo a su problemática y traducirla en los problemas y las soluciones propias del burócrata*; como para

(36) L. PAREJO ALFONSO, «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública», en *II. Administración y Constitución: el principio de eficacia*, «Documentación Administrativa», núms. 218-219, abril-septiembre 1989, págs. 15 y ss.

(37) X. MENDOZA MAYORDOMO, «Técnicas gerenciales y modernización de la Administración pública en España», en *Técnicas gerenciales en la Administración Pública*, «Documentación Administrativa», núm. 223, julio-septiembre 1990, págs. 261 y ss.

(38) R. LAUFER y A. BURLAUD, *Dirección pública: gestión y legitimidad*, INAP, t.e. Madrid, 1989.

identificar al personal con los objetivos de la organización, y crear las condiciones favorables para la movilización de sus potencialidades.

Refiriéndose a las cualidades gerenciales, KLINGSBERG (39) alude a esa receptividad para entender y simplificar las actividades complejas y tecnificadas de las grandes organizaciones de nuestro tiempo. Esa manera de *reducir a esquema y comprender* la organización puede ir acompañada de la sensibilidad para *moverse en contextos inestables*, apoyándose en una actitud para afrontarlos y trabajar en la dirección adecuada. Teniendo en cuenta, señala el autor, que la actividad gerencial debe moverse en una realidad sembrada de incertidumbres y de riesgos.

Además, el dominio de las economías públicas: las políticas públicas, con las técnicas de elaboración y planificación (40); las alternativas financieras que se han ido abriendo, junto a las técnicas presupuestarias establecidas. Ese sentido de la totalidad puede permitir, en concreto, el desenvolvimiento de otros saberes útiles, propios de actividades serviciales. La *elaboración de políticas públicas* (41) puede implicar expresar adecuadamente los conflictos de valores e intereses que se hacen presentes en el interior de la sociedad civil; e instrumentar propuestas de solución en el entorno de una racionalidad limitada a la hora de resolverlos. Porque, como ha pretendido a veces la teoría, esa racionalidad plena es una simple utopía: los conflictos, los problemas y, en suma, una ponderación de costes y resultados podrán enmarcarse en una *racionalidad limitada*, que es lo que, en la vida real, puede llegar a conseguirse. Son saberes que se cultivan desde una preparación profesional *ad hoc*. Su dominio no se improvisa, ni es fruto de lealtades personales y políticas. De ahí que el desempeño de las funciones públicas que son inherentes a esos saberes ha de recaer en profesionales que, con arreglo al mérito y capacidad que exige el artículo 23.2 CE, sean seleccionados convenientemente: no es sólo la CE la que así lo impone, sino también las exigencias de la realidad. Además, al no hacerlo de ese modo, la política echa a sus espaldas un peso y unas responsabilidades que no le son propios.

(39) B. KLIKSBERG, *Gerencia pública en tiempos de incertidumbre*, INAP, Madrid, 1986; L. METCALFE y S. RICHARDS, *La modernización de la gestión pública*, INAP, t.e. Madrid, 1989; B. MEUNIER, *La gerencia de las organizaciones no comerciales*, INAP, t.e. Madrid, 1993.

(40) J. FRIEDMAN, *Planificación en el ámbito público*, INAP, t.e. Madrid, 1991; E. LÓPEZ GONZÁLEZ, *Técnicas de control de ejecución en la dirección estratégica de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 1988; VV.AA. (COORD. A. TRINIDAD REQUENA), *Evaluación y calidad en las organizaciones públicas*, INAP, Madrid, 2000.

(41) Ch. E. LINDBLOM, *El proceso de elaboración de Políticas Públicas*, INAP, t.e. Madrid, 1991; VV.AA., *Políticas públicas y organización administrativa*, «Documentación Administrativa», núms. 224-225, octubre 1990-marzo 1991.

III. EL MÉRITO COMO GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD

A) *Las garantías de imparcialidad en la esfera interna de la Administración. El acceso con arreglo a mérito*

El Derecho positivo, de acuerdo con el *artículo 103.3 CE*, instaura un conjunto de garantías en torno a la exigencia de imparcialidad de los funcionarios públicos y, en general, de la autoridad administrativa. Esas garantías tienen dos dimensiones fundamentales: una que atañe al orden interno de la Administración Pública, versando la otra sobre las relaciones entre la Administración y los terceros, constituyendo la *dimensión externa*. La primera reposa, ante todo, sobre el principio constitucional del mérito, con una adecuada proyección sobre el *status* funcional. Así, 1.º) en el acceso y carrera funcional ordenada con arreglo al mérito; 2.º) una retribución que no mengüe considerablemente como consecuencia de una decisión de la autoridad superior, destinada a reforzar su superioridad castigando discrepancias del inferior; 3.º) un ámbito de inmunidad en la formación y expresión del parecer o voluntad del funcionario en el ejercicio del cargo.

Es, en primer lugar, el derecho a que se refiere expresamente el artículo 23.2 CE: el acceso en condiciones de igualdad, y bajo el principio de mérito y capacidad, al desarrollo de un cargo o función público; y, correlativamente, la no remoción del mismo salvo en las condiciones establecidas por la Ley (42). El Derecho positivo y la jurisprudencia han situado el acento en el acceso en condiciones de igualdad, por parte de los ciudadanos, a los cargos y funciones públicos. La jurisprudencia ha establecido unas reglas generales, con la insistencia en abarcar todos los supuestos de acceso a los cargos y funciones públicas de carácter administrativo. El punto de partida se encuentra establecido, con una indiscutible claridad, en el *artículo 103.3 CE*: «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...». Precepto que es concreción de lo dispuesto en el ya ci-

(42) A. ARMANDO PENNA, *La Función Pública española y el sistema de reclutamiento de Administradores Generales*, INAP, Madrid, 1977; V. M. ESCUÍN PALOP, *El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 1986; M. FÉREZ, «El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado», en *Sobre la renovación del sistema del mérito y la institucionalización de una función directiva pública en España*, «Documentación Administrativa», núms. 241-242, enero-agosto 1995, págs. 61 y ss.; J. JUNQUERA GONZÁLEZ, *La crisis de las oposiciones*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1972.

tado artículo 23 CE. La legalidad ordinaria y la jurisprudencia han debido instrumentar el acceso a la función pública, tanto en el caso de los funcionarios como de los trabajadores, con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad. La Ley 30/1984, en su artículo 19.1 —que tiene el rango de básico a los efectos del art. 14.9.1.18 CE—, dice así: «las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad».

La simple hipótesis de que unas personas puedan acceder al empleo público, en puestos de funcionarios o de otra naturaleza, sin la superación de las correspondientes pruebas selectivas constituye un privilegio contrario al principio de igualdad y, en consecuencia, una derogación singular de este principio constitucional. La jurisprudencia constitucional queda recogida en los criterios siguientes:

1.º La Constitución impone un sistema de selección abierto, «con concurrencia de toda clase de personas interesadas en el acceso a la función y el puesto convocados» (STC 137/1986, de 6 de noviembre). El derecho a la igualdad lleva consigo la proscripción de «cualquier reserva, explícita o encubierta, de funciones públicas *ad personam*»; que se produzcan «acepciones o pretericiones *ad personam* en el acceso a las funciones públicas» (STC 148/1986, de 25 de noviembre). El TC recoge, en este punto, la jurisprudencia sentada por el TS, con una referencia expresa a la STS de 7 de octubre de 1971: no puede realizarse una convocatoria con el «preconcebido propósito» de nombrar a determinada persona (STC 67/1989, de 18 de abril, como las 50/1986, de 23 de abril; 42/1981 y, luego, la 187/1987, de 16 de febrero). Puede destacarse la STS de 24 de mayo de 1989; una Corporación Local atiende la petición de uno de sus técnicos, vinculado por el contrato laboral, y acuerda la creación de una plaza de funcionario de carrera con el mismo contenido que el cubierto por el técnico; en el acuerdo se expresa que en el perfil de la plaza y la convocatoria se tendrán en cuenta los servicios prestados por dicha persona. Y, efectivamente, en el baremo de méritos que se aprueba para el concurso quedan recogidos todos los que le favorecen: estar prestando servicios como técnico de su titulación con vínculo laboral con la Administración y, además, sin coincidencia crónica con trabajos profesionales no públicos dentro del territorio de la entidad. La Sala entiende conculcados los artículos 14, 23.2 y 103 CE.

2.º La convocatoria ha de establecer los méritos exigibles, en

cada caso, con arreglo a una *fundamentación objetiva*; esto es, de acuerdo con las características de las plazas o funciones públicas a que se refiere. Como señala la *STC de 23 de abril de 1986*, la igualdad se predica sólo de las condiciones establecidas para el acceso a cada cargo o función, no a todos ellos; por lo tanto, pueden ser distintos los requisitos o condiciones que los ciudadanos deban reunir para aspirar a los distintos cargos o funciones sin que tales diferencias sean consideradas lesivas para la igualdad. La ordenación vigente busca ese fundamento objetivo, más que en las características de las plazas en sí mismas consideradas, en la formación exigible, en general, al funcionariado como profesión. Los requisitos o méritos se han de exigir con arreglo a criterios o reglas de cómputo formuladas «en términos generales y abstractos» y no mediante referencias individualizadas y concretas (*STC 50/1986, de 23 de abril*).

Particular énfasis ha puesto también la jurisprudencia en examinar si un determinado mérito exigido es único o excluyente, de modo que se elimine a unos en beneficio de quienes lo poseen, siempre que el predominio del requisito no tenga justificación, desde el punto de vista de la función. La referencia se hace, frecuentemente, a la experiencia acreditada solamente mediante los servicios previamente prestados a la entidad: la preconstitución deliberada de un mérito, en favor de quien fue contratado o nombrado interino para el puesto que luego se convoca; también a la exigencia excluyente de una segunda lengua; en último término, cómo se ha de ponderar un determinado mérito: si su ponderación «es manifiestamente irracional, no responde a criterio admisible de general aceptación, y supone prácticamente la exclusión de otros» (*STC 67/1989, de 18 de abril*).

El TS se apoya en el *artículo 23.2 CE*, no sólo en supuestos referidos a cobertura de puestos por funcionarios de carrera, sino también a la provisión por funcionarios interinos o, incluso, por personal contratado (*SSTS 11 de marzo, 11 julio 1986, 18 marzo 1987, etc.*). La jurisprudencia social se ha expresado en una serie de Sentencias en el sentido de que existe una normativa administrativa que es insalvable y se superpone a la de carácter laboral en un punto: el correspondiente al ingreso, con carácter fijo, de trabajadores en el ámbito de las Administraciones Públicas (43). En este aspecto, la propia juris-

(43) La discusión, en J. CANTERO MARTÍNEZ, *El empleo público: entre Estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2001; J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995; M. J. ROMERO RÓDENAS, *Relaciones laborales en el empleo público*, Ibidem, Madrid, 1995; T. SALA FRANCO, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, INAP, Madrid, 1989; VV.AA., *Función pública y laboralización*, «Documentación Administrativa», núm. 243, INAP, Madrid, septiembre-diciembre 1995.

prudencia sale al paso de pretensiones relativas a la adquisición de la condición de fijo por parte de trabajadores que han entrado en la Administración para trabajar con carácter temporal. De este tenor son una serie de Sentencias en las que esta doctrina se va a sentar categóricamente:

«a) Que la contratación temporal no está prohibida por el ordenamiento jurídico, siempre y cuando concurren en cada una de ellas los requisitos previstos por la ley sin que pueda invocarse un fraude de ley, no presumible en la Administración del Estado; b) Que la prestación de servicios a un Organismo Público debe consumarse por personas que hayan adquirido la condición de funcionario tras superar las pruebas fijadas en la correspondiente convocatoria; c) Que no es posible establecer un medio de acceso a los servicios que corresponden al funcionario con exclusión de esas pruebas, ya que ello significaría burlar la normativa específica, comportar un daño a los intereses públicos y un atentado al derecho de cualquier ciudadano de acudir a las convocatorias para la provisión de las mismas; d) ... porque al tratarse de Entidad Pública, a ésta se ve vinculada por el principio de legalidad, superando las correspondientes pruebas selectivas y dando la oportunidad a todos los ciudadanos para que puedan acudir a dichas plazas» (*STS de 3 de mayo de 1986*).

Las reglas de comportamiento impuestas por el ordenamiento constitucional impiden que, aun en el supuesto de irregularidades en la contratación o, incluso, si existiese fraude de ley en la contratación temporal, se pueda transformar la naturaleza temporal de un contrato por otra de duración indefinida (*SSTS de 16 de diciembre de 1985 y de 4 de julio de 1986*). También, por ello, han de estar presentes cuando se produce la extinción de una concesión administrativa y el servicio público se pasa a gestionar directamente por la Corporación. Es la hipótesis que contempla la Sala Sexta del Tribunal Supremo, en *STS de 17 de abril de 1984*. La Sala examina el recurso de casación interpuesto por quien alega que

«los trabajadores fueron contratados exclusivamente con motivo de la concesión administrativa y con posterioridad al otorgamiento de la misma, así como que la empresa no puede readmitir al recurrente —adminis-

trador del mercado— ya que su puesto de trabajo ha desaparecido al extinguirse la concesión administrativa, y que quien puede mantenerlo en el mismo es precisamente el Ayuntamiento, que es quien gestiona directamente dicho mercado».

Después de examinar los requisitos legales de la transmisión de empresas y del significado jurídico de la concesión de servicio, señala que «es de cuenta de la empresa (hasta entonces concesionaria) la correcta y legal acomodación de los trabajadores adscritos a la concesión a otros puestos de trabajo». Varios de ellos recibieron la indemnización sustitutoria; en cuanto al recurrente, frente a su pretensión de que fuese considerado trabajador integrante de la plantilla laboral del Ayuntamiento, la Sala la desestima después de interpretar el sentido del artículo 44.1 del *Estatuto de los Trabajadores*, añadiendo que

«... otra interpretación podría conducir a que en todos los supuestos de extinción de concesiones administrativas hubieran de integrarse en las plantillas del Estado o de los Entes públicos en general, todos los trabajadores de la empresa concesionaria, *por cauces no previstos en la Ley o incluso contrarios a ella*, cuando se exige el concurso o la oposición para el acceso a la función pública».

Como cierre de la garantía, el cese en la condición funcional sólo puede producirse en base a causas tasadas previstas en la Ley. Causas en las que cabría incluir algún día un juicio de inidoneidad; siempre que dicho juicio se produzca en base a autoridad y razones estrictamente profesionales (44).

B) *Provisión de puestos de trabajo y principio constitucional del mérito*

1. *El problema.*

En lo que hace a la *inamovilidad relativa* (45), la discusión en el contexto del Derecho positivo español ha sido, en líneas generales,

(44) I. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, *Régimen jurídico de la Función Pública y derecho al cargo*, Civitas, Madrid, 1995.

(45) L. M. ARROYO YANES, *La carrera administrativa de los Funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

confusa; si bien se puede señalar la tendencia a establecer que dicha inamovilidad se hace presente en los supuestos de cargos de menor trascendencia, a los que se accede mediante concurso de méritos. Cuando se hace frente a cargos de una mayor responsabilidad o, en líneas generales, simplemente más altos o mejor retribuidos, el sistema de provisión es el de la *libre designación*, con la correlativa libre remoción del titular del cargo. Podemos tomar como ejemplo de la situación presente el razonamiento y las conclusiones a que se refiere la *STC de 5 de octubre de 2000*, así como el voto particular que, junto al fallo, formula el Magistrado GARCÍA MANZANO. Del análisis de la *STC 235/2000, de 5 de octubre*, pueden desprenderse algunas conclusiones de significación. Así, la plena afirmación de la doctrina de que el principio de mérito y capacidad está presente en la *carrera funcional* (46), y no sólo en el acceso a la misma. Hasta ahora, el punto de apoyo radica en la síntesis que recoge la *STC 96/1997, de 19 de mayo*:

«El artículo 23.2 CE despliega su virtualidad, aunque con diferente intensidad, no sólo en el momento de acceso, sino, asimismo, en el desarrollo de la correspondiente función pública, esto es, que el ámbito que diseña aquel precepto se contrae tanto al exceso como a la permanencia en la función pública, según se expone en las *SSTC 293/1993*, fundamento jurídico 4.º, y *73/1994*, fundamento jurídico 2.º»

Aquí no se hace referencia a la distinta intensidad, sino a la posible presencia de otros valores o fines constitucionalmente lícitos:

«este Tribunal ha admitido que, aun cuando los principios de igualdad, mérito y capacidad (*arts. 23.2 y 103.3 CE*) rigen, no sólo en el momento inicial del acceso a la función pública, sino también en los ulteriores desenvolvimientos de la carrera administrativa o profesional de los funcionarios..., de tratarse de este segundo momento, *el atinente a la provisión de puestos de trabajo*, es legítima la toma en consideración, a la hora de decidir sobre aquella provisión, de otros valores o fines constitucionalmente lícitos».

(46) VV.AA., *La carrera administrativa: estudios*, «Documentación Administrativa», núms. 210-211, INAP, Madrid, mayo-septiembre 1987; VV.AA., *La carrera administrativa: documentación*, «Documentación Administrativa», núms. 212-213, INAP, Madrid, octubre 1987-marzo 1988.

La diferencia entre esta afirmación y las anteriores de la propia jurisprudencia constitucional es patente. Así, la *STC 293/1993, de 18 de octubre*, nos dice que

«en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos en-derezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos».

Esta Sentencia, como las *192/1991, 200/1991 y 156/1998*, parten de la idea de que, en la provisión de puestos de trabajo, el *mérito* puede quedar desplazado ante la conveniencia de proteger a la familia, o a la autonomía de los entes territoriales. La *235/2000* no llega a ese intercambio de valores, que pudieran sobreponerse al principio del mérito. De ahí su significación: intenta, ante todo, mantener la aplicación del *artículo 23.2*, aunque sea combinando su exigencia con la de otros valores constitucionalmente lícitos. Se da, pues, un paso claro, que hasta ahora no se había dado. Al avanzar en este sentido, la Sentencia se encuentra con lo que constituye el verdadero objeto del litigio: el sistema de libre designación.

2. *El sistema de libre designación y sus caracteres dominantes.*

Si se atiende al Derecho positivo local, que es el contemplado en la Sentencia (el *Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio*), el sistema de libre designación gravita sobre una relación estrictamente *fiduciaria*: convoca el Presidente de la Corporación, y el mismo lo resolverá. Las bases de la convocatoria identifican el puesto; la convocatoria incluye simplemente los

«requisitos para su desempeño conforme a la relación de puestos de trabajo».

Esos requisitos quedan en la más extensa *libertad de fijación* por parte de la propia Corporación: la *discrecionalidad* es total en el dibujo de tales requisitos. Ni una sola alusión a requisitos de fondo que maticen la discrecionalidad en que se mueve la autoridad convocante. Añadiremos que es esa misma autoridad la que realizará la designación, de entre los que, cumpliendo los requisitos, hayan com-

parecido como aspirantes. El Presidente de la Corporación, dice el artículo 28 del Real Decreto citado,

«procederá, en su caso, *previa constatación* de la concurrencia de los requisitos exigidos en la convocatoria, a dictar la resolución correspondiente en el plazo de un mes».

La resolución motivará, con referencia al candidato elegido, los requisitos y especificaciones que habían sido establecidos en la convocatoria. El Tribunal, en la Sentencia que se comenta, señala que los *requisitos del puesto de trabajo* habrán sido establecidos por el Pleno de la Corporación. Ciertamente, a ella corresponde la aprobación de la Relación de Puestos de Trabajo. A partir de ahí, lo que la norma señala con claridad es que, entre esos requisitos y el procedimiento de elección del candidato, se llega a un arbitrio pleno por parte del Presidente de la Corporación. No hay, pues, en este supuesto, como tampoco en el análogo para la Administración estatal (*art. 56 del Reglamento 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, RD 364/1995, de 10 de marzo*), una *configuración legal* del artículo 23.2 CE, sino una *negación pura y simple* de la igualdad, mérito y capacidad: esas son las tres exigencias constitucionales que el legislador ha de configurar en la legalidad ordinaria; ninguna de las tres se tienen en cuenta, sino que se niegan formalmente.

La Relación de Puestos de Trabajo podrá determinar los requisitos de capacidad para acudir a la convocatoria; pero no establece reglas de preferencia entre quienes cuenten con las exigencias de capacidad; no establecerá los diversos méritos que diferencien a unos aspirantes de otros. Ni una posibilidad de aplicar lo que es característico del mérito como concepto jurídico: *la posibilidad de valorar a cada uno de los aspirantes, con criterios objetivos, y establecer una prelación entre ellos*. Esa prelación, la elección que conlleva, es patrimonio del Presidente de la Corporación, sin más. De ahí que la elección quede establecida en puros y simples términos de confianza: el Presidente elegirá, digámoslo en los términos más benévolos posibles, aquel que le parezca mejor. El Presidente no tiene por qué tener cualificaciones ningunas, poseer un saber profesional: ni siquiera en lo que afecta a las organizaciones, sus exigencias y sus conveniencias. La designación no es atribución propia de un órgano cualificado por su aptitud profesional e imparcialidad: el Ministro o Secretario de Es-

tado, en la Administración estatal (*art. 51.1 del Reglamento de 1995, citado*), y Presidente de la Corporación (*art. 28 de 1994, también citado*), para el Régimen Local (47). Lo que implica desentenderse de exigencias fundamentales, como aquellas a que ha hecho referencia la jurisprudencia constitucional en las *Sentencias 174/1996, de 11 de noviembre, y 73/1998, de 31 de marzo*. En ambas se recuerda la reiterada afirmación de que el artículo 23.2 exige que la selección y apreciación del mérito quede pendiente del juicio de una autoridad con aptitud técnica adecuada e imparcialidad. La primera de ellas recoge la doctrina sentada en estos términos: «El derecho fundamental ex artículo 23.2 CE, puesto en relación sistemática con el inciso segundo de su artículo 103.3... impone la necesidad de que el acceso a las funciones y cargos públicos se haga de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (SSTC 75/1983, 148/1986, 193/1987 [RTC 1987\193], 206/1988 [RTC 1988\206], 67/1989 [RTC 1989\67], 215/1991 y 353/1993 [RTC 1993\353]). En íntima conexión con esta configuración de tal derecho fundamental, hemos afirmado que el discernimiento de esa idoneidad de los aspirantes a una plaza en la función pública ha de corresponder exclusivamente a órganos calificadores compuestos por personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia de cada función o cargo. Por ello, no es correcto que, desde esa perspectiva constitucional, órganos sin tal cualificación (como en este caso lo es el Consejo General del Poder Judicial), puedan revisar la valoración realizada por aquellos que sí lo son, incidiendo en los aspectos materiales de los procedimientos selectivos y entrando a ponderar la capacidad y los méritos de los concursantes o de los opositores. Si así lo hicieran, si sustituyeran la evaluación técnica del órgano especializado, quebrantarían el artículo 23.2 CE por desconocimiento de los principios constitucionales que le sirven de soporte (STC 215/1991)».

Es de observar, por otra parte, que los actos de selección en estos procedimientos de acceso a la Función Pública, o a puestos de trabajo concretos, han venido siendo el ejemplo más característico de la llamada *discrecionalidad técnica* (48): la jurisdicción contencioso-ad-

(47) J. M. ALEGRE AVILA, «Objetividad e imparcialidad de la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección», en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al Profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, I, Civitas, Madrid, 1993, págs. 889 y ss.; A. J. FERREIRA FERNÁNDEZ, *Composición de los órganos de selección de los funcionarios locales: principios generales y normativa aplicable*, en «Revista Galega de Administración Pública», Santiago de Compostela, 1998, págs. 95 y ss.

(48) E. DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997; J. A. TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986.

ministrativa ha llegado a consolidar una exención, mucho más sorprendente de lo que parece, al derecho constitucional a la tutela judicial *efectiva* (art. 24 CE) fundándose en la capacidad técnica del órgano administrativo que selecciona, frente a la falta de dicha capacidad en el órgano judicial; falacia que ha permitido una situación de indefensión generalizada en el sistema de provisión de puestos de trabajo, mediante la libre designación, en la Función Pública española. La designación es absolutamente libre y descansa sobre *la confianza que otorga el que designa al designado*. No obstante, el Tribunal Constitucional razona:

«la facultad de libre designación no atribuye al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente, con olvido de que el servicio del interés público es la esencia y el fundamento del ejercicio de toda potestad administrativa, con la consecuencia, en todo caso, de la eventual apreciación con ocasión del oportuno control judicial *ex artículo 106.1 CE*, del vicio de desviación de poder de constatarse una marginación indebida de los principios de mérito y capacidad».

Y, más adelante, añade:

«la libre designación... no significa sino la mera puesta a disposición del órgano decisor de *un cierto margen de valoración* a la hora de apreciar las aptitudes de los candidatos para desempeñar un determinado puesto de trabajo» (49).

En el momento en que esa confianza ya no exista, el propio designante puede acordar el cese del designado. Para el Tribunal Constitucional, ese dato no tiene por qué «matizar o debilitar la integridad de la imparcialidad» del designado. Añade que *imparcialidad y objetividad son exigencias jurídicas diferentes*: la Administración tiene que actuar con objetividad, y el funcionario con imparcialidad. Sin embargo, *el Tribunal se desentiende de esa exigencia de objetividad: la Administración elige libremente, y no hay un solo resorte para exigirle que esa libertad la realice desde la exigencia jurídica de objetividad*. Puede que la libre designación llegara a mantener la imparcialidad

(49) De ahí que la Sentencia recurra al historial profesional, como referencia inexcusable para el cumplimiento de las exigencias constitucionales.

del funcionario en su integridad; el sistema, en cambio, *no asegura en modo alguno la objetividad*: un líder político elige un colaborador, de entre los que se han presentado como aspirantes; lo elige, *a su arbitrio*, en razón a la confianza que le suscite o tiene en uno u otro de los aspirantes; y si falla la confianza puede cesarle de inmediato, sin ninguna dificultad.

3. *Libre designación y mérito, confianza política versus objetividad.*

Cuando se diferencia con claridad entre el ámbito que corresponde a la Administración Pública, en cuanto institución prevista por la CE, y el propio del Gobierno, se puede empezar a distinguir con claridad dos tipos de nombramientos: el que se basa *en la confianza del político* y el que responde a una *exigencia de objetividad*. La confianza que dispensa el político entra dentro de la reserva que al Gobierno confiere la Constitución: dentro de ella utiliza los sentimientos de lealtad y de fidelidad, para asegurarse el cumplimiento de su programa de gobierno. Pero ello y la objetividad son términos rigurosamente diferentes. La *confianza* es, dice el Diccionario, un sentimiento del que confía, la esperanza que alguien tiene o deposita en una persona o en una cosa; por eso se dice, continúa el Diccionario, «el que me da confianza»; *confianza* es, pues, esperanza que suscita una persona en otra. La confianza en alguien tiene que ver con la fe y, junto con la esperanza, constituyen expresiones de las llamadas virtudes teologales. La objetividad es cuestión diferente. El propio Diccionario nos recuerda que la *objetividad* es un *hacer independiente del sujeto*; es una calidad que se desenvuelve o acompaña, en ocasiones, al juicio que se realiza sobre una persona, una situación o una cosa. Así como el Gobierno se mueve con la confianza que le otorga el Parlamento, y que la va derivando hacia sus colaboradores inmediatos, la Administración no puede actuar en base a ese sentimiento, sino de acuerdo con la exigencia jurídica de objetividad, que plasma el artículo 103.1 CE. Por ello, el artículo 23 refiere los nombramientos administrativos a la apreciación del mérito, valorando, enjuiciando los existentes entre los varios aspirantes. Que la noción de mérito haya de ponerse al día no la relega, sino que obliga al legislador a recomponerlo.

El *sistema de libre designación* aparece recientemente descrito en varias *Sentencias del Tribunal Supremo del año 1997*. La primera de ellas, de 10 de enero (RJ 1997\406), contempla el nombramiento de Teniente-Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Constitucional; nombra-

miento que se realiza por el *sistema de libre designación*. El *Fundamento de Derecho Cuarto* lo define en los siguientes términos:

«el nombramiento (o la facultad de no nombrar a la persona propuesta) para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de los actos discrecionales [letra f) del artículo 54.1 de la LRJ-PAC] consistiendo la singularidad en que tales nombramientos (o la denegación del nombramiento) *se basan en la existencia (o inexistencia) de un motivo de confianza*, que la autoridad facultada para la designación ha de tener (o no tener) en la persona designada (o cuya propuesta de designación se rechaza), *relación de confianza que sólo puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento*. La ley, cuando delimita los cargos de libre designación, está haciendo posible que la Administración ejercite su potestad organizatoria, nombrando para los puestos de dicha clase a la persona en quien la autoridad competente estima que concurren las condiciones necesarias para el *desarrollo de los fines públicos que persigue*, y que le ofrece una especial confianza para ello, *circunstancias que lógicamente variarán según el momento en que se produzca el nombramiento y las personas que ejerzan la autoridad llamada a verificar tal nombramiento*, que, en un sistema democrático, pueden pretender en momentos distintos de tiempo finalidades diferentes en razón de su ideología».

Acto discrecional que la Sala, siguiendo el criterio de la *Sentencia de 18 de mayo de 1991* (RJ 1991\4120), no precisa siquiera motivación, ya que

«es suficiente la referencia a “las atribuciones que le han sido conferidas a la Autoridad que dispone el cese”; para estimar cumplido el requisito de la motivación».

La *Sentencia del 11 de enero* (RJ 1997\407) añade otra circunstancia. Refiriéndose al mismo nombramiento de la anterior, nos proporciona otro rasgo del sistema:

«A ello se añade la consideración de que la referencia a las condiciones subjetivas determinantes de la confian-

za que concurren en el designado o no designado para un cargo *no serían susceptibles de fiscalización en vía jurisdiccional*, que es el fundamento esencial del requisito de la motivación de los actos administrativos. La motivación de la resolución de no designar para un cargo de libre nombramiento a la persona propuesta (supuesto del presente litigio), que 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...*»

Terminemos con el razonamiento de la *Sentencia de 13 de junio de 1997* (RJ 19975143), en el que se estima la existencia de una desviación de poder, cuando se destituye libremente al Subdirector Técnico del Departamento de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas. La Sentencia aprecia la existencia de una *desviación de poder* porque el cese no se basa, cabalmente, en la extinción de la confianza depositada en el libremente designado:

«no trató de liberar a los entonces superiores del actor, de un dependiente público que había perdido su confianza, por mantener con ellos continuas discrepancias sobre los criterios técnicos relativos al desempeño de la actividad que desempeñaba, ni actuó por otras motivaciones públicas, sino movido *por la finalidad extrajurídica de liberar a esos superiores de quien, desde un puesto de jerarquía inferior, pero actuando en el legítimo ejercicio de sus funciones —art. 12.2 Ley Orgánica 2/1982, que ordena al Tribunal de Cuentas, hacer constar en la fiscalización cuantas infracciones, abusos o irregularidades hayan observado—* había constatado al desarrollar la concreta actividad que se le había encomendado, patentes irregularidades, de trascendencia incluso penal, susceptibles de perjudicar los intereses personales de tales superiores. Lo que, desde luego, no cabía calificar de uso de las potestades organizatorias, concernientes al cese, de un modo concorde con el interés público, sino de desviación de poder».

La *Sentencia de 13 de abril de 1998* (RJ 19987521) incluye, entre uno de los votos disidentes del parecer mayoritario, una conclusión

que vale la pena resaltar. Es cuando señala que la Sentencia de la que discrepa

«parece no admitir que el legislador pueda haber intentado establecer una cortapisa al hecho de que en la Carrera Fiscal el ascenso a la primera categoría, considerado en cualquier Cuerpo de funcionarios como una manifestación del derecho a la Carrera que se rige por los principios de mérito y capacidad, quede relegado al ámbito de los nombramientos políticos de confianza del Gobierno... estamos más próximos a una resolución gubernamental en la que se actúa una opción política que ante un acto de naturaleza exclusivamente administrativa».

4. *Libre designación y exigencia constitucional de objetividad de la Administración.*

La apreciación del mérito, desenvuelta y realizada en el marco de las exigencias constitucionales de objetividad, se plasma en un *juicio*. El juicio, señala GADAMER,

«se caracteriza frente a todos los otros modos de discurso por la pretensión de ser verdadero, de revelar un ente tal como es. Se da el mandato, la súplica, la imprecación, se da el fenómeno tan enigmático de la interrogación... se dan innumerables formas de discurso, y todas ellas contienen algo de verdad; pero no se definen (como el juicio) exclusivamente por la pretensión de mostrar al ente como es» (50).

De ahí que ese juicio que se realiza en relación con el mérito que ostentan los varios aspirantes a un puesto administrativo ha de ser todo lo contrario de un *sentimiento*: es un «hacer independiente del sujeto», porque eso es la objetividad. No puede ser, insistamos, un sentimiento (confianza) del que toma una decisión administrativa. No puede ser, pues, la esperanza que le suscita alguien al que manda; la esperanza es un *sentimiento*, pero no es un *juicio* del que toma una decisión. Ese juicio, además, es una *elección entre varias opciones*. Y esa elección, ese juicio que lleva la pretensión de ser verdade-

(50) H.-G. GADAMER, *Verdad y Método*, II, Sígueme, t.e. Salamanca, 1977, pág. 53.

ro, se realiza, única y exclusivamente, con arreglo al mérito con que cuenta cada una de las opciones personales: y, como exigencia del artículo 23.2 CE, la opción ha de ser a favor del aspirante que tenga más mérito. Es la exigencia del juicio, en su pretensión de ser verdadero, de reflejar la situación *tal como es*. En el juicio se hace patente la verdad, y se produce, como diría HEIDEGGER, la desocultación de la verdad; mirando hacia el fondo histórico de nuestra civilización, como *aletheia* que era para los griegos ese juicio que hace patente la verdad.

Con esa perspectiva, que es resultado de una amplia experiencia intelectual, como es la que tiene, desde el principio hasta ahora, nuestra cultura, podemos afrontar el sentido de la frase de la Sentencia que comentamos. Según la misma, en el sistema de libre designación, a la vista del historial profesional de cada uno de los concurrentes, se decidirá en base a *la confianza que suscita al que elige*. Esa confianza sabemos que se fundará en razones subjetivas y no objetivas; razones quizá de oportunidad personal o del grupo político. La esperanza puede ser, nada lo impide, no sólo de elegir al mejor, sino, quizá también, la tentación que proporciona la posibilidad de una impunidad futura. Se opta en base a un sentimiento personal o de opción política, por lo que la confianza es fruto de una decisión exclusivamente personal o política. Lo grave es que la designación la lleva a cabo el Alcalde, buscando a quien puede ser su colaborador inmediato; y ello se produce en un esquema en el que la política lleva inexorablemente a una contraposición entre mayoría y minoría; y entre una rama ejecutiva que no se concentra en el Alcalde, sino que de la misma toma parte también el Pleno, que tiene competencias ejecutivas. Se hace, por consiguiente, a favor de una parte y no del todo, de quien está a un lado de la barricada política, teniendo enfrente a otros contrincantes.

La confianza la suscita *una persona*: en la libre designación se distingue entre personas con idénticos requisitos de capacidad: *no entra en el sistema cualquier atisbo de la exigencia de mérito y capacidad*. Le basta con probar que se cumplen en todos los requisitos de capacidad que la relación de puestos de trabajo ha incluido; *lo demás es de su cuenta*. De ahí que se pueda concluir que la confianza que suscita una persona lleva a elegirla por razón de la propia persona, y no a la vista de las cualidades exigidas por la Constitución española. El Presidente, buscando a un leal, termina por darle a ese leal una *participación en la gestión y responsabilidad políticas*. Es decir, todo lo contrario de lo que es la función para la que había, en principio, de ser designado, no hay objetividad y tampoco imparcialidad. Recordemos, a este respecto, lo que en un caso semejante señala la STS

de 20 de marzo de 1996 (RJ 2563). El objeto del recurso es un Decreto de la Generalidad de Cataluña por el que se crea el Director Gerente en las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Cataluña, y se le asignan funciones de gestión, siendo así que era el Secretario el que, con voz consultiva y sin voto, realizaba las gestiones características en dichas Cámaras. La Sala anula el Decreto con las consideraciones que siguen:

«... infringiendo, en primer lugar, un principio de las normas estatales en materia de Cámaras que podemos considerar básico: el de objetividad en el servicio de los intereses generales, del cual deriva que las funciones que se atribuyen al Secretario, deban ser desarrolladas por persona elegida como *la más capacitada* entre los aspirantes al cargo, con un control previo de la Administración de tutela, que aprueba las bases para cubrirlo, y *una profesionalización del órgano que le dota del carácter de inamovible*. Frente a ello, se nombra un Director Gerente, que es un cargo de confianza, carente de la condición de funcionario, que puede ser nombrado y removido libremente».

La situación, en nuestro caso, es rigurosamente idéntica. Por ello *puede afirmarse que si el sistema de libre designación es carente de objetividad, lo es también de la mínima garantía de imparcialidad que se ha de dar en estos cargos*; no lo diremos nosotros, sino que lo hace la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo. Por eso, el sistema de libre designación es, lisa y llanamente, algo contrario a la arbitrariedad que prohíbe el *artículo 9.3* de la propia Constitución. Y, pese a lo que se afirma, el principio de *mérito* está presente en la carrera hasta llegar a los casos en que este sistema de libre designación se aplica: se termina la Carrera profesional, no se aplica el *artículo 23.2 CE*.