



Roj: **STSJ AS 5066/2010 - ECLI: ES:TSJAS:2010:5066**

Id Cendoj: **33044330012010101855**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2010**

Nº de Recurso: **1030/2009**

Nº de Resolución: **1208/2010**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO SALTO VILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)

OVIEDO

SENTENCIA: 01208/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: PO 1030/2009

RECURRENTES: D. Augusto , D. Fernando Y D. Melchor

RECURRIDO: CONSEJO DE GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

REPRESENTANTE: SR. LETRADO DEL PRINCIPADO

SENTENCIA nº 1208/10

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Jesús María Chamorro González

Magistrados:

D. Francisco Salto Villén

D. José Ignacio Pérez Villamil

En Oviedo a veintinueve de octubre de dos mil diez.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número **1030/2009** interpuesto por **D. Augusto , D. Fernando y D. Melchor** , en su propio nombre y representación contra el **Consejo de Gobierno del Principado de Asturias** , representado por el Letrado del Principado. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Salto Villén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia en la que estimando el recurso interpuesto, revoque la resolución recurrida por no estar ajustada a derecho, con imposición de costas a la parte contraria. A medio de otrosí, solicitó el recibimiento del recurso a prueba.



SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Por Auto de 14 de diciembre de 2009, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

QUINTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente el día veintisiete de octubre pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por D. Augusto y dos más, funcionarios de carrera del Cuerpo Superior de Administradores del Principado de Asturias, impugnan en su propio nombre y representación el Acuerdo, de fecha 18 de marzo de 2009, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por el que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario de la Administración del Principado de Asturias y Organismos y Entes Públicos.

SEGUNDO.- La parte actora alega para sustentar su recurso, que el Acuerdo recurrido establece la **libre designación** como sistema de provisión para la totalidad de los Puestos de Trabajo (PT) de las Jefaturas de Servicio y de rango jerárquico asimilado, y también para la totalidad de los PT de nivel 26 o superior y de rango jerárquico inferior a jefatura de servicio, denominados con los términos de Coordinador, Asesor, Analista, Interventor, Secretario, Director, Responsable o similares. Que dentro de este grupo de PT se incluyen un total de 326 abiertos al Grupo A y a Cuerpos de Administración General o a cualquier clase de cuerpo o escala, a cuya convocatoria de provisión pueden concurrir los tres funcionarios que suscriben el recurso, citando a continuación los PT de Jefatura de Servicio o equivalentes, así como los PT de rango inferior a Jefatura de Servicio de cada Consejería o entidad, de modo que, según la parte actora, el Acuerdo ha generalizado el sistema de **libre designación** como sistema de provisión para las Jefaturas de Servicio, hasta el punto que el número total de PT singularizados, es decir de nivel superior al de PT base cuya provisión se hace por el sistema normal del concurso es de 305, mientras que en cifra superior de 326 se prevé como sistema de **libre designación**.

Considera la actora que el Acuerdo, por falta de justificación, infringe lo dispuesto en el artículo 20.1 de la ley 390/1984, precepto que es de carácter básico conforme a lo dispuesto en el artículo 1.3 de dicha Ley, pues el precepto establece como modo normal de provisión el concurso, y sólo excepcionalmente el sistema de **libre designación** en atención de la naturaleza de sus funciones, y que también infringe lo dispuesto en el artículo 51.1 de la Ley 3/1985 de Ordenación de la Función Pública del Principado de Asturias; regulación que hoy se repite en el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007), en sus artículos 79 y 80.

Añade, además, que los Jefes de Servicio y de Área, por sus funciones, no pueden estimarse como órganos de dirección que puedan proveerse por **libre designación**, invocando al efecto los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 8/1991.

Termina el escrito de demanda efectuando un análisis pormenorizado de las 9 memorias correspondientes a los 9 PT, que según la Administración son los únicos que difieren de la RPT de 15 de mayo 2008, que ya ha sido objeto del recurso 1079/2008, en el que ha recaído sentencia estimatoria en parte, y que se incorporan al expediente administrativo con el fin de acreditar las razones que motivaron la elección del sistema de **libre designación** como mecanismo de provisión, que considera la parte actora no son de justificación suficiente según la doctrina del Tribunal Supremo que deja citada.

TERCERO.- Opone la Administración demandada, primero, que el Acuerdo recurrido contiene una RPT completa, pero que ello no quiere decir que se trate de PT de nueva creación, sino de modificaciones parciales con motivo de cambios en las estructuras orgánicas, y así deja constancia de los PT que han sido creados o modificado en el Acuerdo recurrido, solo 9 de los previstos acuerdo de 18 de mayo de 2008, y que son los que se pueden considerar como de nueva creación, estando justificada la misma, por lo que, dice la demandada, los restantes PT ya estaban configurados como de **libre designación** en las anteriores modificaciones de la RPT.

Añade que los recurrentes han ocupado PT de **libre designación**, por lo que resulta una cierta incongruencia en la postura que ahora adoptan.



Sigue alegando esta parte que de contrario se pretende una inversión de la carga de alegar, e invoca al efecto una sentencia del TSJ del País Vasco; segundo, que el fundamento de la implantación del sistema de **libre designación** estriba en la Ley 10/2006, que autoriza al Presidente del Principado a la reestructuración de las Consejerías, y en los distintos Decretos de estructura orgánica básica de las Consejerías que enumera a continuación.

Por último alega esta parte procesal que en el expediente administrativo existen dos tipos de motivaciones: una, de tipo genérico y otra de tipo específico. La primera, y por lo que se refiere a las jefaturas de servicio en los distintos Decretos de estructura orgánica básica de las Consejerías en los que se recogen las concretas competencias de cada una de ellas, y por lo que se refiere a los PT de nivel 26 o superior, pero de rango inferior a jefaturas de servicio, su motivación se sustenta en la propia tipología del PT, y todos ellos realizan funciones de especial trascendencia y relevancia organizativa dentro de las competencias del Principado de Asturias, de carácter transversal y no orgánico.

En cuanto a la motivación de los PT de jefaturas de servicio y de rango jerárquico inferior, la motivación se concreta en las fichas individuales de cada PT que figuran en el expediente, firmada por los responsables directos.

Termina razonando que no puede negarse el carácter directivo de las Jefaturas de Servicio, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 15.3 de la Ley 2/1995, que permite la delegación de facultades del Consejero en dichas jefaturas.

CUARTO.- El T.S., en sentencia de 6 de febrero de 2008, en relación con el análisis que efectúa de los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984, declaró:

"Así lo han hecho varias sentencias de esta Sala, como recuerda la de 30 de marzo de 2007 (casación 3720/2000) EDJ 2007/21098, que sobre la materia aquí debatida se expresa así: "(...) la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia de 7 de mayo de 1993, que se reitera en la sentencia de 10 de abril de 1996, ha señalado que los artículos 19 y 20 de la ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública (que forman parte integrante de las bases del régimen estatutario aplicable a todas las Administraciones Públicas, con arreglo al art. 1.3 de dicha Ley), marcan importantes matices entre el sistema de selección aplicable al ingreso al servicio de la Función Pública y el tenido en cuenta para la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya ostentan la condición de funcionarios. En el primer supuesto (acceso a la función pública), el sistema selectivo opera omnicomprendivamente "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" (art. 19.1). En el segundo supuesto, la provisión de puestos de trabajo adscritos a funcionarios prevé el concurso como sistema normal de provisión, en el que se tendrán únicamente en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figurarán los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad (art. 20.1).

Respecto de la **libre designación** establece la Ley una doble previsión: la primera es que podrán cubrirse por este sistema aquellos puestos de trabajo, en atención a la naturaleza de sus funciones; y la segunda consiste en que "sólo podrá cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector General, Delegados y Directores regionales provinciales, Secretarías de altos cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo" (art. 20.1. b). Sobre este último extremo hay que destacar también que el art. 16 de la Ley (asimismo integrado en las bases de aplicación general), dispone que en las relaciones de trabajo que compete elaborar a las Comunidades Autónomas, "deberán incluir, en todo caso, la denominación y características de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño".

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

- a) Tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso.
- b) Se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones.
- c) Sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad).



d) La objetivación de los puestos de esta última clase ("especial responsabilidad") está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, "en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos" y serán públicas.

Con arreglo a esta doctrina y como reconoce la sentencia recurrida, podemos afirmar que no se ha exteriorizado una justificación suficiente para que sea asumible la tesis de que el puesto de trabajo de (...) implique la especial responsabilidad determinante de cubrirlas mediante **libre designación**, (...), siendo lo cierto que las funciones atribuidas o que quepa atribuir al puesto de (...) no se han explicitado, (...).

También el mismo T.S, en su sentencia de 7 de abril de 2008, en su Fundamento de derecho Quinto, sienta una doctrina sobre cuando existe justificación suficiente en la elección del sistema excepcional de **libre designación**, y así se dice en dicho ordinal que:

".....aunque efectivamente en la memoria se habla de dificultad, responsabilidad, comunicación, coordinación, control, e inspección, dirección de recursos humanos y de otros conceptos semejantes e, incluso, de confianza respecto de los Directores de Espacio Natural, da por supuesto que las concretas funciones de los PT implican todas esas características.

Ahora bien, la Ley, según insisten las Sentencias de esta Sala, exige una justificación específica para que proceda la utilización de un sistema que es excepcional. Especialmente, cuando se aplica a un conjunto de PT. Y, ni en la RPT, ni en la Memoria resulta más de lo que se ha indicado. En cambio, si ponen de relieve, al igual que el informe presentado por la Junta de Galicia en el período de prueba, que el Director de Espacio Natural está subordinado al Jefe de Servicio Provincial de Medio Ambiente natural y que el Jefe de Distrito Forestal depende de los Servicios Provinciales de Defensa contra Incendios Forestales y de Montes e Industrias Forestales. También refleja el mencionado informe que los PT de Director de Espacio Natural fueron amortizados en la RPT vigente en el momento de emitirse. Es decir, ni el expediente, ni la prueba han puesto de manifiesto que existiera la justificación necesaria para utilizar en la provisión de esos 23 PT el procedimiento de **libre designación**. Por el contrario, han reflejado su carácter subordinado a estructuras organizativas provinciales, lo cual relativiza la responsabilidad y el carácter directivo que pudieran comportar....."

De esta Sentencia cabe destacar: a) que no es suficiente que en la memoria o informe de justificación se expresa que el PT es de confianza, inspección, de especial dificultad, etc, sino que es preciso que se exprese que las concretas funciones que se realizan en dicho PT impliquen esas características; b) que no es suficiente una justificación genérica, sino específica de cada PT; c) que la provisión del PT no admite el sistema de **libre designación** si está subordinado a otras estructuras organizativas que relativicen el carácter directivo del PT litigios.

También se ha de tener presente a la hora de valorar las justificaciones de aplicación de este sistema controvertido, que de la propia Ley asturiana 8/1991, sus artículos 10,11 y 12, se deduce que las funciones de dirección compete en el nivel más bajo a las Direcciones Generales según la normativa vigente (antes Direcciones Regionales), y que las funciones de dirección y coordinación competen a las Direcciones Generales o a las Secretarías Generales Técnicas, como órganos centrales de la Administración, cuyos titulares, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.5 de la citada Ley son los que se nombran libremente por Decreto, por esa espacial responsabilidad y PT de confianza."

QUINTO.- Se deja constancia de la extensa doctrina expuesta, ya que es la que ha de servir de parámetro en el pormenorizado análisis que hemos de efectuar de todos y cada uno de los PT impugnados.

En lo que se refiere a la primera cuestión agitada por la parte demandada, a saber que el Acuerdo recurrido solo crea 9 PT, ya que el resto de los impugnados ya se preveía su nombramiento por el sistema de **libre designación** en la anterior RPT que fue objeto de impugnación en el PO 1079/2008, seguido entre ambas partes procesales, se ha de señalar que nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de abril de 1996, en su Fundamento de derecho Segundo, ya ha abordado esta cuestión declarando en lo que aquí interesa que cuando se impugna un Acuerdo que aprueba una modificación de las RPT el fallo no ha de contraerse a los solos PT que han sido modificados en la nueva RPT, sino que las decisiones constituidas por su aprobación forman unas resoluciones administrativas autónomas, no vinculadas por la situación anterior y por eso enjuiciables en todos sus aspectos, aunque el sentido de lo decidido coincida en algunos casos el de las relaciones que se han venido a sustituir. Aparte lo anterior, es que además, ya consta en esta Sala que anteriores modificaciones de la RPT fueron impugnadas por estos mismos motivos y recayó sentencia anulando el Acuerdo que las aprobaba, así, la recaída en el PO 1776/2007, ello aparte de la recaída en el ya citado PO 1079/08. Ahora bien, en el presente caso, dadas las circunstancias concurrentes, y por economía procesal, hemos de estar en cuanto a los PT de la actual RPT coincidentes con los impugnados en la sentencia recaída en el PO 1079/08, de modo que los anulados en aquella sentencia se han de considerar anulados en la actual RPT impugnada, y lo mismo en cuanto a los declarados conforme a Derecho.



En dicha sentencia ya se abordó también la cuestión que suscita la parte demandada relativa a que por los actores se pretende una inversión de la carga de la prueba, invocando la sentencia que se cita del TSJ del País Vasco, pues en este caso al menos, la parte actora cubre su carga de alegar al manifestar y describir los PT en los que por mera enumeración y sin motivación alguna, se establece el sistema excepcional de provisión, de manera que la que debe de justificar es la Administración según doctrina que hemos dejado citada, y no la recurrente.

También se analizó en aquella sentencia de esta Sala la alegación que hace la parte demandada relativa a la existencia de una motivación de índole genérica sustentada en los Decretos de las Consejerías, y en las delegaciones de competencias que han realizado a favor de las jefaturas de servicio respectivas, en la que se desestimó tal motivación indicando que "... es lo cierto que examinada la citada Ley, así como algunos de los Decretos de las Consejerías, por lado alguno se vislumbra la justificación de que los Jefes de Servicio y de Área sean nombrados con carácter general por el sistema de **libre designación**, y en lo que concierne a resoluciones de las Consejerías sobre delegación de competencias, ello no justifica, primero, que en todos los casos se haya establecido el sistema de **libre designación**, pero además, y esto es fundamental, por la delegación, al contrario de lo que ocurre con la desconcentración, la competencia se retiene por el titular de la misma, en estos casos, por el titular de la Consejería." Esta cuestión, en consecuencia, es cosa juzgada.

SEXTO.- Pasando ya a resolver sobre 8 PT de los ya aludidos, y sobre los que la parte actora en su demandada hace crítica de los mismos específicamente en lo que se refiere a los 3 PT perteneciente a la Dirección General de Recursos Humanos y Financieros (folios 472 al 474 del expediente) no se estima justificado el sistema de elección y ello porque, aparte la somera forma de justificar, las tareas asignadas son de naturaleza estrictamente técnica de apoyo a las competencias de la dirección general, por lo que en aplicación de la conocida doctrina del Tribunal Supremo antes expuesta se ha de anular en este caso la forma de elección como ya se ha adelantado.

En cuanto al PT de coordinador de apoyo Jurídico, adscrito a la Agencia Asturiana de Cooperación y desarrollo, (folio 476) sus funciones al igual que en el caso anterior son de mero apoyo técnico que no justifican la **libre designación**, al no concurrir elementos de especial responsabilidad y confianza en el caso. Por lo que se ha de anular.

En lo que concierne al PT de Jefe de Servicio de Gestión y Evaluación (folios 477 y 478) la memoria incorporada se limita a describir las funciones pero no justifica la elección del sistema de **libre designación**, por lo que también para este PT ha de declararse no conforme a derecho el sistema de provisión.

El PT de Coordinador de Infancias, Familia, y Adolescencia (folio 480), en la memoria justificativa se dice que sus funciones todas son de apoyo y asesoramiento, lo que en aplicación de la doctrina que seguimos no son suficientes razones para proveer el PT por el sistema de **libre designación**, que ha de ser declarado no conforme a Derecho.

El PT de Coordinador de Planificación y Gestión obrante al folio 481 del expediente, también ha de ser anulado, y ello porque omite la descripción de tareas, tratando de justificar la **libre designación** con declaraciones carentes de enjundia para tal efecto.

Y por último en cuanto al PT del folio 484 Coordinadora de Programas y Proyectos de la Dirección General de Mayores y Discapacidad, la memoria incorporada no justifica la elección del sistema de **libre designación**, pues se limita a describir una serie de tareas de coordinación, elaboración de documentos y seguimiento de actuaciones que no llevan a comprender el por qué de la elección, por lo que ha de ser anulado.

SEPTIMO.- Por cuanto antecede, se ha de estimar en parte el recurso, sin que existan méritos para una expresa condena en costas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, ha decidido: Estimar en parte el recurso de esta clase interpuesto por la representación procesal de D. Augusto y dos más, funcionarios de carrera del Cuerpo Superior de Administradores del Principado de Asturias, actuado en su propio nombre y representación, contra Acuerdo, de fecha 18 de marzo de 2009, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por el que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario de la Administración del Principado de Asturias y Organismos y Entes Públicos, declarando:



- a) Que se declaran no conformes a Derecho los PT que así han sido declarados en el PO 1079/08 y en esta sentencia.
- b) Que son conformes a Derecho los restantes PT.
- c) Sin costas.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, y se notificará haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la **no** tificación de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ