



Roj: **STS 6214/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:6214**

Id Cendoj: **28079130072011100679**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **14/07/2011**

Nº de Recurso: **4180/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 4.180/2.009, que pende ante ella de resolución, interpuesto por el PRINCIPADO DE ASTURIAS, representado y asistido por el Letrado de su Servicio Jurídico, contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2.009, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de ordinario número 1766/2.007, no habiendo comparecido la parte recurrida pese a estar emplazada en legal forma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de fecha 30 de abril de 2.009, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de ordinario número 1766/2.007, contiene una parte dispositiva del siguiente tenor literal:

«En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, ha decidido: Estimar el recurso de esta clase interpuesto por la representación procesal de D. Salvador y dos más, en su propio nombre y representación, Contra el Acuerdo, de fecha 19 de septiembre de 2007, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por el que se aprueba las modificaciones parciales de la Relación y el Catálogo de Puestos de Trabajo del personal de la Administración del Principado de Asturias; Acuerdo que se anula y deja sin efecto por ser contrario a derecho. Sin costas».

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, el Letrado del Servicio Jurídico de la Administración del Principado de Asturias anunció recurso de casación que la Sala de instancia tuvo por preparado por providencia de 15 de junio de 2009, ordenando la remisión de las actuaciones y el emplazamiento de las partes ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

TERCERO.- El Letrado del Servicio Jurídico de la Administración del Principado de Asturias interpuso el recurso de casación por escrito de 29 de julio de 2009 en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, terminó suplicando a la Sala:

« (...) dicte en su día sentencia por la que, estimando el recurso, se case y se anule la que ahora se recurre, poniendo otra en su lugar que confirme el Acuerdo de Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 19 de septiembre de 2007, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 20 de septiembre del mismo año, que aprobaba las modificaciones parciales de la Relación y Catálogo de Puestos de Trabajo del personal de la Administración del Principado de Asturias, Organismos y Entes Públicos, por ser el mismo ajustado a derecho».

CUARTO.- Admitido el recurso y remitidas las actuaciones a esta Sección Séptima conforme a las reglas de reparto de asuntos, no habiendo comparecido la parte recurrida, se declararon conclusas las actuaciones.

QUINTO.- Declaradas conclusas las actuaciones, se señaló para la votación y fallo de este recurso el día 13 de julio de 2011, en que ha tenido lugar.



Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias contiene dos motivos, formulados por el artículo 88.1.d) de la LJCA .

El primero denuncia la infracción del artículo 33.1 de la LJCA , en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Y el segundo la del artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública en relación con el artículo 16 del mismo texto legal (actualmente derogado por la Ley 7/2007, de 12 de abril , del Estatuto Básico del Empleado Público y, más concretamente, regulado por los artículos 78.2 ; 80 y 84 de la citada norma).

SEGUNDO.- La sentencia impugnada, dictada el 30 de abril de 2.009 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias , estimó el recurso contencioso- administrativo interpuesto por don Salvador , don Claudio , don Héctor y don Olegario contra el Acuerdo de fecha 19 de septiembre de 2007, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, por el que se aprueba las modificaciones parciales de la Relación y el Catálogo de Puestos de Trabajo del personal de la Administración del Principado de Asturias.

La Sentencia en su fundamento de derecho segundo deja constancia de la pretensión del recurrente, que alegaba « (...) que el Acuerdo recurrido establece la **libre designación** como sistema de provisión para la totalidad de las Jefaturas de Servicio y Puestos de Trabajo (PT) equivalentes creados por el mismo, que son la totalidad de las Jefaturas de Servicio y PT existentes en la RPT del personal funcionario del Principado; y el mismo sistema de provisión para al totalidad de las Jefaturas de Área o Servicio y PT equivalentes existentes en el Catálogo del personal laboral, de modo que, según la parte actora, el Acuerdo ha generalizado el sistema de **libre designación** como sistema de provisión para la totalidad de las Jefaturas de se Servicio y de Área, incluyendo dentro de las Jefaturas de Área un total de 154 Pt abiertos al grupo A y a Cuerpos de Administración General o a cualquier Cuerpo o Escala a cuya convocatoria pueden concurrir los tres funcionarios recurrentes, relacionando a continuación todos y cada uno de los PT que indica. Añade, que otro tanto ocurre con las Jefaturas de Área o Servicio y PT equivalentes adscritos a personal laboral, incluyendo un total de 7 PT abiertos a titulado superior, en cuya convocatoria pueda concurrir el que suscribe la demanda.

(...) que el Acuerdo, por falta de justificación, infringe lo dispuesto en el artículo 20.1 de la ley 390/19884 (sic) , 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 , y que por lo que hace al personal laboral, el mismo sistema de provisión se establece en el artículo 83 del Estatuto .

(...) 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 .»

A continuación, entrando ya en el núcleo de la cuestión litigiosa, la sentencia anula y deja sin efecto el Acuerdo impugnado en base a las siguientes consideraciones contenidas en sus fundamentos de derecho cuarto y quinto:

«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) , 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, (...).

Esta doctrina es plenamente aplicable al caso que se nos somete, pues examinado el expediente y todo lo actuado, es lo cierto que en ningún caso de los relacionados por la parte actora, se ha explicado, razonado o justificado que la provisión de esos PT, por su naturaleza o las de las funciones que realizan se hayan de proveer por el sistema excepcional de **libre designación**, pues lo único que hace el Acuerdo recurrido es una mera enumeración de los PT, sin determinar qué funciones de dirección o de especial responsabilidad merecen que sea necesario ese sistema excepcional de provisión. Con esto sería suficiente para estimar el recurso, pero además, dada la falta de justificación particular para cada PT, 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 especial responsabilidad y PT de confianza.

A esta conclusión no empece 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».

QUINTO.-La Administración, ahora, en el proceso, trata de salvar la falta de motivación del Acuerdo recurrido, alegando que estaba implícita la justificación, primero, porque se han dictado Decretos de las distintas Consejerías, de estructura orgánica básica de las mismas, como consecuencia de la Ley 10/2006 , que atribuye al presidente del Principado la posibilidad de reestructuración de las Consejerías, y que las mismas han dictado Resoluciones delegando competencias en todos los caso en los Jefes de Servicio, pero 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, en 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 ».



TERCERO.- El primero de los motivos del recurso de casación formulado por el artículo 88.1.d) de la LJCA denuncia la infracción por la sentencia impugnada del artículo 33.1 de la LJCA, en relación con el 217 de la LEC.

El desarrollo argumental del motivo es en síntesis el siguiente: « ... en el procedimiento sustanciado ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la parte actora ejercitó su pretensión recurriendo de manera genérica un Acuerdo de 19 de Septiembre de 2007 del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en el que se aprobaban las modificaciones parciales de la Relación y el Catálogo de Puestos de Trabajo del personal de la administración del Principado de Asturias, mediante la alegación de que ninguno de los puestos que se contenían en el Anexo II del mismo (Jefes de Servicio y Jefes de Área) podía ser provisto por el sistema de **libre designación**, entendemos que se ha prescindido en dicha demanda tanto del análisis concreto de cada uno de los puestos, como de la argumentación sobre las razones por las que en cada caso concreto sea disconforme a derecho el sistema de provisión de **libre designación**. En consecuencia, esta representación sostiene que la Sala no debió entrar a efectuar un análisis sobre el sistema de provisión en la Sentencia objeto de recurso, cuando la propia parte recurrente no procedió a hacerlo con carácter previo, tal y como se deduce del contenido del artículo 33.1 de la LJCA que consideramos infringido. Entendemos que, si bien podría ser aceptada como punto de partida una discusión razonada respecto al hecho de que uno u otro puesto individualmente considerados sean provistos con cargo a ese sistema, en el caso que nos ocupa no se ha seguido ese modo de proceder, efectuando una inversión muy clara de la carga alegatoria que al recurrente corresponde y trasladándosela a la propia Administración del Principado de Asturias, con clara infracción de lo dispuesto en el artículo 217 LEC ».

Tal desarrollo argumental se complementa con una referencia a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (la sentencia de 30 de abril de 2001 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo) de la que se hace amplia transcripción.

Concluye la exposición del motivo con la referencia al artículo 217 LEC y transcripción de sus apartados 2 y 3 , afirmando a continuación: «Como se puede deducir de los escritos de demanda y contestación, en el presente procedimiento la parte actora no ha realizado, ni en fase de demanda, ni en período probatorio, el esfuerzo de análisis de los puestos de trabajo que han sido impugnados, por lo que hemos de insistir en que la sentencia recurrida incurre en la infracción de los artículos que acabamos de transcribir al suplir el esfuerzo que debería haber realizado la parte recurrente, vulnerando con ello el principio de congruencia. En sentido contrario, entendemos que esta representación sí ha justificado documentalmente las razones de la configuración de los puestos de trabajo recurridos mediante el sistema excepcional de la **libre designación**, como se puede deducir de los documentos adjuntos al escrito de contestación a la demanda, siendo esta cuestión objeto de análisis en el siguiente motivo de impugnación».

El motivo no puede prosperar. Como se deduce de los términos expuestos, el recurrente denuncia, por el motivo previsto en el artículo 88.1.d) de la LJCA , la incongruencia por exceso de la sentencia impugnada. Y el cauce procesal mencionado, resultando adecuado para la denuncia de los vicios in iudicando en que pueda incurrir la sentencia impugnada, no lo es para la de los vicios in procedendo, como lo son los referidos a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, como el que aquí nos ocupa, que lo encuentra en el apartado c) del citado precepto, razón que, de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala [por todos, Autos de 26 de mayo de 2011 (cas. 5087/2010 : F.D. 10º); 14 de abril de 2011 (cas. 4599/2010; F.D. 2 º) y 13 de enero de 2011 (cas. 3897/2010 ; F.D. 4º y 5º)], ha de conducir necesariamente a su rechazo por carencia manifiesta de fundamento.

En cualquier caso, a mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta lo resuelto por esta Sala en la reciente sentencia de 20 de mayo de 2011 recaída en el recurso de casación número 4656/2009 seguido también a instancia del Principado de Asturias, en cuyo fundamento de derecho tercero en relación a idéntico motivo al ahora examinado - planteado allí por el artículo 88.1.c) de la LJCA - decíamos lo siguiente:

« (...) No podemos compartir el planteamiento del recurrente, y debemos afirmar que, por el contrario, la Sentencia de instancia no ha infringido el artículo 33.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso -administrativa, que dispone que "Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición".

La Sentencia de instancia indica que «A esta conclusión no empece 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».

Conviene llamar la atención, una vez más, sobre el hecho de que a los efectos del recurso de casación solo tiene la consideración de jurisprudencia las Sentencias del Tribunal Supremo y no las de los Tribunales Superiores de Justicia, cuya cita por tanto resulta inoperante.



En el presente caso el recurrente impugnó una serie de puestos de trabajo de una RPT, en los que concurrían idénticas circunstancias: su provisión por el sistema de **libre designación** y falta de motivación en cuanto a la elección de este sistema de provisión, y la Sentencia de instancia explica o razona suficientemente que la parte ha cubierto su obligación de alegar; ante la generalidad del supuesto no era necesaria una alegación individualizada puesto por puesto, sino que cumplía adecuadamente la carga que le incumbía en los términos que la Sala "a quo" aceptó. Y consecuentemente, si en el plano genérico de su alegación cumplió la carga alegatoria que le incumbía, no cabe exigirle que en orden a la prueba debiera asumir una carga referida individualizadamente a cada uno de los puestos, habida cuenta que la tacha imputada se refería a la caracterización coincidente de todos los puestos. No es aceptable por ello la tesis de la recurrente que debemos rechazar, lo que conduce a la desestimación del motivo».

CUARTO.- El segundo de los motivos, formulado también por el artículo 88.1.d) de la LJCA aduce la infracción del artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública en relación con el artículo 16 del mismo texto legal (actualmente derogado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y, más concretamente, regulado por los artículos 78.2 ; 80 y 84 de la citada norma).

Sigue a continuación una argumentación, que no es sino la transcripción literal de los fundamentos jurídico materiales segundo a cuarto del escrito de contestación a la demanda (folios 3 a 11 del mismo), sin hacer una sola crítica a la sentencia que aquí se impugna.

Hemos dicho con reiteración que la naturaleza y el objeto del recurso de casación -condensados una y otro en la idea de que aquél no es una segunda instancia y de que viene limitado al enjuiciamiento de las concretas infracciones jurídicas, in iudicando o in procedendo, que la parte recurrente impute a la sentencia que recurre-exigen como consecuencia obligada la crítica de ésta, de su razón de decidir, sin que la parte pueda, por ello, limitarse a reproducir lo que ya argumentó ante la Sala de instancia. Y que «Ciertamente la exigencia de que la crítica se dirija no contra el acto administrativo sino contra la sentencia recurrida es inherente al significado del recurso de casación que tiene como única finalidad depurar la aplicación que del Ordenamiento Jurídico ha efectuado el Tribunal a quo. Como recuerda la sentencia de 4 de mayo de 2005 la necesidad de expresar las razones legales de disenso contra la sentencia trae como consecuencia que la mera reproducción de lo ya alegado y desestimado por la sentencia recurrida, como argumentación básica del recurso intentado, suponga la desestimación del mismo, ya que quien así procede no está sometiendo a crítica fundada la decisión recurrida, ni alegando ante el Tribunal de Casación las razones que puedan desvirtuar los argumentos utilizados» (por todas, sentencias de 8 de abril de 2010 -recurso 1909/2008 -; 2 y 16 de diciembre de 2010 - recursos 5621/08 ; 1877/09 y 4977/09 respectivamente - y las más recientes de 10 de marzo de 2011 -recursos 2112/09 y 6547/09 -).

En definitiva procede también el rechazo del motivo, pues, como dijimos en nuestra sentencia de 20 de mayo de 2011 (cas. 4656/2009) ya citada en relación al mismo (F.D. 4º) « (...) Lo que no es aceptable es repetir, en casi transcripción literal, los fundamentos de derecho de la contestación a la demanda, para luego consignar que, frente a su argumentación, la sentencia ha estimado el recurso. Así pues, y dada la índole del recurso en que nos encontramos, se impone la desestimación del motivo y por ende la del recurso».

QUINTO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación, sin que proceda imposición de costas a la parte recurrente al no haber comparecido la parte recurrida (art. 139 LJCA).

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación número 4180/2009, interpuesto por el PRINCIPADO DE ASTURIAS, representado y asistido por el Letrado de su Servicio Jurídico, contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2.009, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de ordinario número 1766/2007 , sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.