

LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS DESTINOS DE LA GUARDIA CIVIL

HUMBERTO URRUCHI BARRIO

Teniente coronel de la Guardia Civil
Licenciado en Derecho

LA DISCRECIONALIDAD

El diccionario de la Real Academia Española tiene dos acepciones de la palabra discrecional:

- *“Que se hace libre y prudencialmente”.*
- *“Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas”.*

Ambas acepciones recogen el sentido que en el ámbito del Derecho administrativo se le ha otorgado a la discrecionalidad, es decir, el uso de potestades administrativas prudentemente como instrumento para conseguir el interés general.

En este sentido, según el profesor Martín Bullinger (1), en un sentido amplio, la discrecionalidad es el margen de libertad que se deriva para la administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por un tribunal. La discrecionalidad administrativa se caracteriza, por lo tanto, por una independencia doble: independencia respecto de los otros poderes del Estado, el poder legislativo y la justicia.

García de Enterría y Fernández Rodríguez nos dicen que la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada unas de las condiciones del ejercicio de la potestad, de tal forma que el ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación (...) del supuesto derecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente, para contraponerlo a la potestad discrecional, que comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión

en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular.

La Exposición de Motivos de la hoy derogada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, da ya una revelación de la discrecionalidad, según la cual, ésta surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea interés público.

Dos caracterizaciones pueden observarse en la discrecionalidad para el abogado Navarro del Cacho (2):

“La primera es que se hace necesaria una atribución por parte del ordenamiento jurídico que faculte la existencia de la discrecionalidad. Y la segunda es que a través de la discrecionalidad se otorga a los poderes públicos la facultad de apreciar lo que es interés público en un supuesto dado”.

Es decir, la discrecionalidad no deja de estar incluso dentro del principio de legalidad, por el que la Administración queda obligada a una sumisión a la ley, pues la legitimidad de la actuación administrativa deriva de los poderes que externamente le atribuyen.

La segunda de las caracterizaciones es que a través de las facultades discrecionales se reserva a un determinado órgano la concreción de lo que es interés público. Para el letrado Navarro:

“El concepto de interés público es el núcleo de la discrecionalidad, el móvil de toda la actividad administrativa, el desencadenante de la actuación de los órganos integrados en los poderes públicos y que, desde el punto de vista del Derecho, no es otra cosa que el contenido de la legalidad, graduable para cada caso concreto como uno de los requisitos de la legalidad, de modo que la Administración deberá concretar y aplicar la idea de interés público a la ley expresa, interpretar lo que esa noción significa”.

FUNCIONES DE LA DISCRECIONALIDAD

Se podría decir que hay tantas discrecionalidades como finalidades específicas posibles existen, sin poder establecer unas fronteras concretas entre ellas que las delimiten.

Para la doctrina son varias, entre ellas, la discrecionalidad táctica, que es la que vamos a desarrollar por ser la única que afecta a nuestro tema en cuestión, la discrecionalidad de dispensa, la discrecionalidad de gestión y la discrecionalidad de planificación.

El profesor Martín Bullinger (3) define la discrecionalidad táctica, diciendo:

“Se trata de discrecionalidad táctica cuando la ley le concede a la administración un espacio de decisión propio para que pueda realizar flexiblemente y de la manera más efectiva posible, una finalidad legal estratégica adaptándose a las cambiantes circunstancias reales del caso individual. La imposibilidad de ser totalmente predeterminada ni por ley o por disposición, ni por un reglamento administrativo general, es característica de la naturaleza de la discrecionalidad táctica. Exige la movilidad de una decisión rápida de la administración, reaccionando frente a las circunstancias momentáneas de cada caso individual. El ejercicio de la discrecionalidad táctica precisamente no debe poder calcularse en base a los principios normales de un Estado de Derecho, ya que si esto fuese posible, se invalidaría o se debilitaría decisivamente el efecto de la actuación.

Una decisión discrecional táctica ligada hasta tal extremo al caso específico no puede ser reconstruida por el tribunal contencioso-administrativo en base a la ley desde la distancia material y temporal del juicio para contrastar entonces con el resultado así obtenido la actuación de la autoridad. El tribunal, mediante su control a posteriori, solamente puede comprobar si la decisión discrecional táctica de la administración supone una concreción plausible de la decisión directriz legal, independientemente de que la ley conceda discrecionalidad expresamente”.

La podemos ver también contemplada en la jurisprudencia, como en la sentencia de la Audiencia Nacional (4), que dice:

“Esta afirmación constituye una manifestación de la llamada «discrecionalidad técnica», cuya legitimidad ya ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en sentencias 353/1993, de 29 Nov., 34/1995, de 6 Feb., 73/1998, de 31 Mar., o 40/1999, de 22 Mar.- en cuanto los órganos de la Administración promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo, de forma que las modulaciones que encuentra la plenitud del conocimiento jurisdiccional solo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”.

TECNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

Como es normal, la Administración no puede hacer uso de esa discrecionalidad de manera indisciplinada, y para evitar que ocurra, se desarrollan unas técnicas de control de la actuación Administrativa, consagradas en el artículo 106.1 de la Constitución.

“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Esas técnicas son: la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, la desviación de poder, los hechos determinantes y los principios generales del derecho.

Siguiendo con el trabajo desarrollado por el letrado Navarro, veamos en qué consisten cada una de las técnicas descritas:

- *La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, se trata de conceptos cuya*

concreción no aparece determinada de forma cierta e inequívoca por la norma, pues se remite a un momento posterior, a través de un proceso de análisis de las circunstancias concretas de cada supuesto de hecho. Y dicha concreción habrá de permitir una única solución justa, que deberá depararse en el proceso de su determinación, a diferencia de la discrecionalidad, que permitirá a la Administración elegir entre diversas soluciones posibles, todas ellas igualmente válidas y queridas por el Derecho.

- *La desviación de poder se produce cuando la actuación administrativa se aleja del fin que le es atribuido por el ordenamiento jurídico, o cuando busca fines distintos al mismo. A pesar de haberse afirmado que la desviación de poder es el fruto más logrado del sometimiento de la Administración al Derecho y de las grandes perspectivas que la técnica de control ofrecía y ofrece, nuestra jurisprudencia la viene observando como un vicio de excepción, aplicable sólo a actos que en sus demás extremos son perfectamente legales, entrando a analizar los propósitos subjetivos del agente sin tener en cuenta que la desviación de poder es un vicio de estricta legalidad, controlable exclusivamente mediante criterios jurídicos.*
- *La técnica del control de los hechos irá dirigida a evitar que tales hechos sean libremente apreciados por la Administración, lo que anteriormente se consideraba normal y se justificaba por la doctrina antigua. La discrecionalidad podrá situarse al momento de la valoración de los hechos pero el contenido de éstos no podrá ser alterado.*
- *Y, por último, los principios generales del Derecho, como condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el sustrato del ordenamiento jurídico, quizá constituyan el instrumento más idóneo para el control de la discrecionalidad, pudiendo actuar con igual fundamento que la ley a los efectos de amparar una pretensión anulatoria, sin perjuicio de que nuestra jurisprudencia les atribuya todavía una función de complementariedad, en el sentido de que se acude a ellos*

cuando se han agotado otras técnicas de control.

En este sentido, es claramente ilustrativa la Sentencia de la Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo (5), en la que el Alto Tribunal resume la doctrina existente al respecto del control Jurisdiccional de la actuación Administrativa, control que se extiende incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas, y que viene siendo aplicada por los Tribunales, a través de varias pautas que, como expresa la Sentencia citada, son:

1. El control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad.

2. La contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los Principios Generales del Derecho, que informan todo el Ordenamiento Jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, de donde se deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos.

3. El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, recogido en el artículo 9.3 (6) de nuestra Norma Fundamental, que aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales (artículo 103.1 (7) de la Constitución).

Un ejemplo de control de la discrecionalidad de la Administración por parte del Poder Judicial, lo vemos en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (8), donde hace una interpretación distinta de la discrecionalidad que entiende otorgada la Administración en el artículo 25.2 del Reglamento de destinos de la Guardia Civil (9):

“En el presente caso el término ‘podrá’ que emplea el citado artículo no se refiere a una potestad discrecional, como así se concluye de una interpretación sistemática y teleológica de la normativa reguladora del caso que nos ocupa. Aquí el término ‘podrá’ hace referencia a la oportunidad del ejercicio por

la Administración de la potestad (reglada) prevista en dicho artículo cuando concurra el supuesto de hecho previsto en la norma. El término ‘podrá’ no es equivalente a una facultad opcional de la Administración sino que es equivalente a habilitación para el ejercicio obligatorio de dicha potestad cuando se dé el presupuesto de hecho previsto en la norma”.

DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD

En atención a lo ya expuesto anteriormente, podemos decir que la discrecionalidad es una de las herramientas en la que se apoya la Administración para conseguir una mayor eficacia del mencionado interés público general.

Lo arbitrario es aquello que no se acomoda a la legalidad de tal manera que, frente a una actividad reglada, la arbitrariedad supone una infracción de la norma, y ante una actividad no reglada o discrecional conlleva una desviación de poder.

Esa discrecionalidad de la Administración está separada por una línea muy fina y peligrosa de la arbitrariedad. En este sentido, es muy importante no confundir ambos conceptos, a pesar que en muchas ocasiones, la discrecionalidad pueda parecernos a simple vista una arbitrariedad de la Administración. Al contrario, en la arbitrariedad, cuya interdicción viene reflejada en el art. 9.3 de la Constitución, está ausente la idea de interés público, que por contra es el núcleo de la discrecionalidad. No obstante, es justo reconocer que, desde esta óptica, el problema se traslada a la esencia de lo que ha de entenderse como interés público, ya que es un concepto indeterminado, concretamente, cabe preguntarse ¿cuándo realmente un acto afecta al interés público?

Que la discrecionalidad no se puede convertir en arbitrariedad nos lo recuerda el Tribunal Supremo (10) cuando dice:

“La prohibición de la arbitrariedad impone a los poderes públicos que funden sus decisiones en criterios de racionalidad, afirmándose que la discrecionalidad no es arbitrariedad y el uso de la

discrecionalidad no puede degenerar en la arbitrariedad prohibida por el artículo 9 de la CE”.

También el Profesor Mauri Majos (11) en su trabajo sobre la desviación de poder, expone la diferencia de ésta con la arbitrariedad cuando dice:

“Aunque el terreno más propicio a la desviación del poder se encuentra en el ejercicio de las facultades discrecionales. Debemos insistir en la necesaria presencia del fin desviado como requisito previo de su apreciación, ya que entendemos que existe una diferenciación básica entre desviación de poder y arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, arbitrariedad que no demanda la presencia de otros fines distintos a los previstos por el ordenamiento para el ejercicio de potestades, sino simplemente ausencia de la adecuada cobertura material del acto o inexistencia de justificación razonable o técnicamente consistente”.

La jurisprudencia se hace eco de esa diferenciación entre ambos términos y así lo exponen, por ejemplo, en sentencia de un Tribunal Superior de Justicia (12) al dictar:

“Tiene, pues, el carácter de incentivo eminentemente personal aunque su determinación y cuantificación se realice por el órgano competente en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo, por ello, en su reconocimiento existe una cierta discrecionalidad -que no arbitrariedad- de la Administración, conocedora del funcionamiento de sus servicios, lo que no es causa alguna de discriminación sino de trato adecuado según las circunstancias de cada caso, que no son iguales en los diferentes puestos de trabajo y Organismos de la Administración”.

Otro de los peligros en los que puede incurrir la Administración a la hora de realizar sus

actuaciones es que a pesar de la posibilidad de la discrecionalidad, ciertas actuaciones no puedan desviarse de la norma y como la arbitrariedad es algo totalmente prohibido, se encuentren otras vías para llegar a la finalidad pretendida a través de un fraude de Ley.

El acto en fraude de Ley fue definido por los romanos (13), señalando que obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe y en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido; en palabras de Heinrich Honsell, *“un rodeo del sentido que no violenta las palabras”*. En la doctrina española es clásica la definición de De Castro: *“uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y al o a los que se han amparado en otra dictada con esta finalidad”*. Normativamente, la figura viene recogida en el artículo 6.4 de nuestro Código Civil: *“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”*

A la hora de aplicar un destino por necesidades del servicio, hay que estudiar muy meticulosamente la “discrecionalidad” adoptada porque se puede caer, aún de forma involuntaria, en un supuesto de fraude de ley, especialmente en aquellos casos donde el procedimiento de adjudicación es más rígido por estar específicamente tasado.

LA DISCRECIONALIDAD EN LA PROVISIÓN DE DESTINOS DEL PERSONAL DE LA GUARDIA CIVIL

Como no podía ser de otra manera y por el mero hecho de formar parte de la Administración del Estado, en la normativa que regula los diferentes aspectos relativos a la organización y funcionamiento del Cuerpo de la Guardia Civil se contempla la posibilidad de la utilización de la discrecionalidad, y en especial en el tema que abordamos de la provisión de destinos.

La propia Ley (14) que regula el Régimen del Personal de la Institución ya da pie, o mejor dicho, ya deja el camino abierto a la discrecionalidad en dos conceptos importantes como

son “los destinos de libre designación” y los actos en atención a “necesidades del servicio”.

El primero de ellos viene reflejado en el artículo 71 y 76 de la Ley 42/99. El primero de dichos preceptos establece que son destinos de libre designación aquéllos para los que se precisan condiciones personales de idoneidad, que valorará la autoridad facultada para concederlos, entre los posibles candidatos que cumplan los requisitos exigidos para el puesto. De igual forma, los destinos de libre designación podrán ser revocados libremente por las autoridades competentes para su asignación.

En cuanto al segundo de los artículos, deja la posibilidad de su aplicación en el artículo 72.2 párrafo 3.º y en el artículo 77, siendo éste último el fundamental al decir que el Ministro del Interior podrá, cuando necesidades del servicio lo aconsejen con carácter excepcional, destinar, acordar el cese en un destino o denegar su adjudicación. En este caso, no sólo es destinar y cesar, sino que vemos que incluso da un paso más al poder denegar la adjudicación que le correspondiese en un procedimiento determinado.

La norma que desarrolla la materia de provisión de destinos en la Institución es el Real Decreto 1250/2001, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de destinos en el Cuerpo de la Guardia Civil.

Atendiendo al principio de legalidad que ya comentábamos al principio, con estas normas, el legislador le está dando el “poder de la discrecionalidad” a la Administración para otorgar algunos destinos libremente dentro de unas condiciones mínimas.

Libre Designación

En los artículos 2, 3, 22 y 39 del RD 1250/01, se definen y regulan los destinos de libre designación. Los define en los mismos términos que la Ley 42/99, atendiendo a los requisitos personales de idoneidad de los solicitantes, los cuales serán valorados por la autoridad facultada para asignarlo y ahí es donde encontramos la discrecionalidad de la Administración, entre los que cumplan los requisitos para el puesto, siendo esto un límite a esa discrecionalidad, ya que como se puede deducir de los recogido anteriormente, la discrecionalidad no conlleva que no pueda y

deba sujetarse a determinados límites; así, la Administración puede seleccionar libremente a una persona para un puesto de trabajo, pero el candidato ha de ser designado dentro de los solicitantes que cumplan las condiciones, es decir, por ejemplo no puede destinar a ese puesto a un excluido por no cumplir el tiempo de mínima permanencia en su destino actual o por no tener la titulación exigida. De hecho el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (15) así lo especifica en una de sus sentencias:

“En dicha norma se establece que la exigencia de motivación, en este tipo de resoluciones, alcanzan a dos cuestiones que son el cumplimiento de los requisitos por el adjudicatario y la competencia del órgano adjudicante. En cuanto a la primera hay que decir que la norma no exige una motivación exhaustiva al respecto sino la referencia al cumplimiento de los requisitos y de las especificaciones, en caso de contenerlas la convocatoria se entiende, puesto que no es preceptivo según se desprende de la Ley.

Puesto que la exigencia de motivación se circunscribe al cumplimiento de los requisitos y la competencia de quien autoriza el nombramiento resulta realmente escueta la motivación por la propia naturaleza de la plaza a cubrir por este procedimiento porque tiene su última razón de ser en la confianza, en la misma línea el cese puede producirse”.

En el apartado 2.º del artículo 3 del RD 1250/01, se recoge que destinos serán de libre designación, tasando de manera expresa una serie de ellos y dejando de nuevo abierta la opción de la discrecionalidad a otros que por su especial responsabilidad y confianza en los cometidos a desempeñar se consideren oportunos, con la única obligación de ser relacionados en una Orden Ministerial.

Todos los destinos de libre designación son asignados con carácter voluntario, no pudiendo destinar forzoso a un componente a pesar que sea el más idóneo para ocupar el puesto de trabajo y que además sea de interés para el servicio, aunque ya veremos más ade-

lante que la Administración deja abierta otra vía para estos supuestos en los que existe necesidades del servicio.

Por otra parte, la discrecionalidad de la autoridad competente para asignar el destino de libre designación es de amplio espectro, sin que le vincule el informe obligatorio (al que se refiere el artículo 22 del Real Decreto) a emitir por el Jefe de la Unidad en la que se encuentre la vacante, pudiendo incluso declarar la vacante desierta a pesar de existir peticionarios pero que no se consideran idóneos para los cometidos a realizar en el puesto de trabajo. Así nos lo confirma el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y reconoce la facultad discrecional en los destinos de libre designación, al decir (16):

“Respetándose los elementos reglados en el nombramiento, la autoridad a que la ley confiere la facultad de libre designación para un cargo determinado pueda otorgar a una u otra persona su confianza para el desempeño del cargo, sin estar sometida al requisito formal de hacer una exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a determinada persona respecto a otra u otras o bien no concede esa confianza a determinada persona. A ello se añade la consideración de que la referencia a las condiciones subjetivas determinantes de la confianza 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, 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, no se traduciría en una proposición con eficacia jurídica, no dejando de ser sino la simple expresión de la facultad discrecional que es el verdadero

fundamento o motivación del acto administrativo”.

Hay que tener en cuenta, que la falta de idoneidad no se refiere sólo a los aspectos objetivos tales como titulaciones, tanto propias de la Institución, como civiles, u otros méritos objetivos, sino que abarca conceptos tan subjetivos como la confianza y que en la mayoría de las ocasiones es el valor más importante a soportar por encima de la preparación profesional, cuestión que es avalada por los tribunales y así se refleja por ejemplo en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (17):

“A lo que finalmente cabe añadir, en línea con lo apuntado por el Ministerio Fiscal, que una reiterada jurisprudencia (STS Sección 7.ª, de 12 de noviembre de 1991, 10 y 11 de enero de 1997, y 13 de junio de 1997 entre otras) ha venido afirmando que el nombramiento para cargo de libre designación constituye un supuesto específico y singular dentro de la categoría de los actos discrecionales, consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza, que solo puede ser apreciado por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que entiende que concurren en el solicitante para llegar a ocupar el puesto, o para seguir desempeñándolo; Y si estima que ya ha desaparecido esta confianza o se han perdido la circunstancias anteriores, a lo largo del desempeño, en cuyo caso, libremente podrá decretar el cese”.

Como se decía anteriormente, con la misma discrecionalidad que la Administración tiene para cubrir las vacantes de libre designación, puede cesar a los titulares de esos puestos de trabajo, y así lo declara en el artículo 39.1 del RD 1250/01 al señalar que el Ministro del Interior, el Secretario de Estado y el Director General de la Guardia Civil podrán revocar libremente los destinos de libre designación por ellos asignados, sin ningún trámite previo, como es obligatorio para el caso de los destinos asignados por el criterio de antigüedad

para los que será necesario el inicio de un expediente sumario previo con audiencia del interesado.

Así lo estima el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (18) al decir:

“En efecto, la previa audiencia al interesado no es preceptiva teniendo en cuenta que la exigencia del artículo 76.2 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, se refiere sólo a los supuestos de destinos asignados por concurso de méritos o antigüedad.”

Siguiendo con el mismo artículo 39.1, las propuestas que se hagan de ceses a la autoridad competente por falta de idoneidad han de contener un informe razonado y motivado de las causas que han originado la falta de idoneidad, pudiendo ser, incluso, la única causa que se invoque la de falta de confianza, independientemente del resto de valoraciones objetivas posibles que de manera positiva o negativa, pudieran existir. Pero debemos de observar que tal obligación de motivar es para la propuesta de cese, no para el cese en sí mismo, y así lo reafirma el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (19) en sentencia al pronunciarse:

“No exige la norma, y así se ha recogido por la Jurisprudencia que la interpreta, qué ha motivado la pérdida de confianza, y es en esta circunstancia en la que, precisamente, se funda la discrecionalidad del cese que constituye una de las características propias de este tipo de puestos, por lo que no pueden acogerse los argumentos del actor en este sentido”.

Todo lo expuesto hasta el momento, queda recogido y corroborado en la sentencia de la Audiencia Nacional (20) al exponer:

“El nombramiento para un destino de libre designación constituye un acto discrecional, consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza que la autoridad facultada para la designación ha de tener en la persona

designada, relación de confianza que puede variar o desaparecer por distintas circunstancias. En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 11 de enero de 1997 que señala que ‘cuando la ley delimita los cargos de libre designación, está haciendo posible que la Administración ejerza 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’.

De la misma manera que conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta no es exigible que en el momento del nombramiento la persona que efectúa el mismo justifique la valoración subjetiva que le lleva a la elección del adjudicatario entre los distintos aspirantes, tampoco es exigible la justificación de la misma valoración en el momento del cese, constituyendo causa del mismo la mera existencia de tal desconfianza.

Y partiendo de que se trata de un destino de libre designación, constituye en definitiva la simple expresión de la facultad discrecional que tiene la autoridad competente para nombrar a una persona en un cargo de libre designación, en el caso de que considere que las condiciones concurrentes en la persona designada es la idónea para el cargo, según sus criterios sobre la dirección de la cosa pública.

Ello no supone que el nombramiento en un puesto de libre designación no sea susceptible de control jurisdiccional, sino que este viene limitado al control de los elementos reglados.

En este caso la resolución de destinos se ha realizado por la autoridad competente que es el Ministro del Interior, conforme al artículo 45.3 del reglamento de provisión de Destinos del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, aprobado por Real Decreto 1250/2001 de 19 de diciembre, y lleva explícita la razón del mismo “la idoneidad para el cargo” sin que pueda entrar a esta Sala entrar a valorar el juicio

de valor emitido por la autoridad que ha dictado dicha resolución, al tratarse de una facultad discrecional.

La consideración de idóneo para el cargo es una libre decisión que aplica la autoridad competente al considerar que concurren las circunstancias subjetivas suficientes para depositar en dicha persona su confianza para el desempeño de su cargo, siendo ello motivación suficiente para el nombramiento de un puesto de libre designación.

A partir de ahí, no puede acogerse la alegación actora de que no se ha tomado en consideración la mayor antigüedad del recurrente, ni se ha justificado de forma objetiva en el informe previo no vinculante que ha de emitir el Jefe de la Unidad correspondiente, porque, como se ha dicho, las razones de idoneidad están implícitas en el propio nombramiento, e incluso el recurrente reconoce y así lo recoge la sentencia apelada, la existencia de un Informe que no obra en el expediente, en el que el solicitante colocado en primer lugar por el Jefe de la Unidad donde existe la vacante, fue finalmente el que obtuvo el destino, lo que indica que estaba señalado como el más idóneo”.

Necesidades del servicio

En el artículo 27 y 40 del RD 1250/01 se deja cabida de nuevo a la discrecionalidad de la Administración en cuanto a los destinos de la Guardia Civil, al crear una figura no definida y por lo tanto entra a formar parte de ese concepto famoso llamado cajón de sastre donde caben casi todas las interpretaciones.

Por el artículo 27 se puede destinar para cubrir cualquier vacante a cualquier componente del Cuerpo que cumpla los requisitos específicos para ocuparla, siendo indiferente que el puesto sea susceptible de ser cubierto mediante libre designación o antigüedad. De la misma forma se podrá denegar su adjudicación, teniendo cabida tal denegación exclusivamente para los destinos de antigüedad, siendo lógica esta limitación ya que para los casos de libre designación ya hemos visto que la adjudicación puede quedar desierta por no

concurrir en ninguno de los solicitantes los requisitos de idoneidad.

El artículo 40 tiene un doble contenido: competencial y procesal. Por una parte, establece la autoridad con competencia para acordar el cese y, por otra, regula el procedimiento a través del cual ha de encauzarse dicho cese, que dicho sea de paso, será un expediente sumario con audiencia del interesado. Al igual que en el caso del artículo 27, en principio pudiera parecer que tal expediente sumario procedería en todo tipo de vacantes, tan sólo tiene sentido para las de antigüedad, ya que como hemos visto, las de libre designación tienen otras vías más rápidas, en las que ni siquiera necesitan la apertura de un expediente.

También se aplica el concepto de necesidades del servicio a otros aspectos recogidos en el Reglamento como, por ejemplo, el momento del anuncio de las correspondientes convocatorias (art. 10). En este sentido, por necesidades de servicio se podrán anunciar sin sujeción a periodicidad, las vacantes que se hayan producido, lo cual supone que la norma vuelve a dejar discrecionalmente en manos de la Administración la decisión en esta particular materia.

A modo de colofón, resulta de interés traer a colación la doctrina de la Audiencia Nacional (21), que ha puesto de manifiesto que:

“El concepto de necesidades del servicio constituye un concepto jurídico indeterminado que otorga a la Administración un margen de apreciación, en orden a concretar las circunstancias que entiende que concurren en el caso para el ejercicio de esa facultad, debiendo aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifica.”

Aunque tenemos que tener en cuenta que éste concepto no es nuevo para la jurisprudencia, pues el mismo Tribunal ya en 1989 (22) decía:

“No debe olvidarse que por necesidades del servicio, tanto en el ámbito civil

como militar, se entiende aquella circunstancia especial o excepcional, legalmente posible, cuyo contenido constituye el elemento causal del acto administrativo que la invoca y que, integrada en cada caso tras ser razonablemente justificada por el órgano competente para apreciarla, supone para el empleado público afectado sometido a una relación de sujeción especial, el justificado sacrificio de un derecho, de un mero interés o bien de una simple posibilidad o expectativa; circunstancia que se desenvuelve en el ámbito organizativo y deberá estar relacionada, en general, con el fin último de la organización y, en particular, con el fin específico del órgano en el que se está inmerso el afectado”.

Como vemos, el concepto de necesidades del servicio constituye un concepto jurídico indeterminado que la doctrina administrativa distingue de las potestades discrecionales de la Administración, las cuales implican para la Administración una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos, mientras que en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados, la utilización de los mismos por la norma deriva de la imposibilidad de acotar con mayor grado de determinación el ámbito de la realidad a que aquella se refiere, pero no supone que dicha indeterminación se transmita y permanezca en la fase de aplicación de la norma, pues si ésta se está refiriendo sin ninguna duda a conceptos concretos de la realidad, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados a la calificación de circunstancias reales específicas sólo admite una única solución justa: o concurre o no concurre el concepto.

En efecto, asumir que se está en presencia de una norma que contiene un concepto jurídico indeterminado obliga a aceptar que corresponde al intérprete determinar en el supuesto concreto cuál es la única solución justa en la cuestión enjuiciada teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el supuesto sometido a debate, y para ello es preciso desentrañar cuáles son los elementos que componen el concepto jurídico indeterminado y que se integran en un núcleo fijo o zona de certeza, con una zona intermedia o de

incertidumbre o halo de concepto, y finalmente, contienen una zona de certeza negativa; de ahí que su aplicación tropiece con supuestos de hecho, cuya inclusión o cuya exclusión del ámbito del concepto exija prestar una especial atención al significado de éste y a las concretas singularidades del supuesto o realidad (23).

Por último, otro aspecto que puede alterar la continuidad del funcionamiento normal de anuncio de vacantes es lo dispuesto en el artículo 9.3 del RD 1250/01, que otorga a la Administración la posibilidad de poder “bloquear” el anuncio de vacantes de acuerdo con los porcentajes de cobertura que previamente se hayan establecido para cada Unidad. La norma atribuye la posibilidad de ejercer esa discrecionalidad, pero no establece unos límites en su ejercicio, por lo que entendemos que uno de ellos debería ser el que esas vacantes que sean bloqueadas no puedan publicarse de nuevo es los dos años siguientes, con la finalidad de evitar perjuicios a posibles solicitantes que se han visto en la tesitura de pedir otra vacante por no anunciar la que se bloquea y poderles dar la posibilidad de participar en un concurso en el que convoque la plaza bloqueada una vez cumplida la servidumbre mínima de dos años en su destino actual.

LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL

Con esta ley se pretende incorporar determinadas medidas que agilicen el proceso en varios ordenes, entre otros el contencioso-administrativo que es el que nos interesa en éste caso.

Como medida importante, resaltar la modificación del apartado 1 del artículo 139, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, donde se establece en relación a las costas procesales en los procesos de única o primera instancia el criterio de vencimiento, pero con la posibilidad por parte del Tribunal de exonerar de las mismas cuando concurren circunstancias que justifiquen su no imposición.

Artículo 139.1. “En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los

recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.”

Con esta situación, la Administración está comenzando a ser condenada en costas en aquellos supuestos en los que el Tribunal entiende que la Administración en su potestad de discrecionalidad se ha extralimitado pasando a ese campo de la arbitrariedad, con lo que se tendrá que estar más pendiente a su uso por parte de los distintos Órganos de la Administración para evitar futuros gastos procesales.

NOTAS

(1) MARTIN BULLINGER. *La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial*. Diario La Ley, 1987, pág. 896, tomo 4, Editorial LA LEY.

(2) CARLOS NAVARRO DEL CACHO. *Cese en puesto de libre designación. Control de la discrecionalidad*. Diario La Ley, 1991, pág. 222, tomo 4, Editorial LA LEY.

(3) MARTIN BULLINGER. *La discrecionalidad de la Admin ...* Editorial LA LEY.

(4) Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia de 19 Dic. 2002, rec. 140/2002.

(5) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1991, n.º de Rep. Ar. 4.874/1991.

(6) Artículo 9.3 CE. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

(7) Artículo 103.1 CE. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

(8) Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 341/2011 de 8 de julio de 2011.

(9) Real Decreto 1250/2001, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de destinos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

(10) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 2002 (RJ 2003/1209).

(11) JOAN MAURI MAJOS. *Desviación de poder y cambio de puesto de trabajo por necesidades del servicio*. Diario La Ley, 1992, pág. 242, tomo 2, Editorial LA LEY.

(12) Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 24 Mar. 2006, rec. 414/2004

(13) Paulo, D. 1,3,29. “Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit”

(14) Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

(15) Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, Sentencia de 3 Nov. 2009, rec. 122/2007

(16) Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, Sentencia de 27 Feb. 2012.

(17) Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 9.ª, Sentencia de 21 Feb. 2008.

(18) Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, Sentencia de 27 Feb. 2012

(19) TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, Sentencia de 3 Nov. 2009, rec. 122/2007.

(20) Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia de 16 Nov. 2005, rec. 83/2005.

(21) Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 12 de noviembre de 2008.

(22) Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 26 de junio de 1989.

(23) Juzgado Central Contencioso-Administrativo n.º 11. Sentencia de 18 de abril de 2012 y Sentencia de 14 de mayo de 2012.