

JURISPRUDENTZIA/ JURISPRUDENCIA

César Gallastegi Aranzabal
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto / Deustuko Unibertsitatea
cga@deusto.es

Sumario

I. Acceso al empleo público: titulación exigida arbitrariamente.—II. Acceso al empleo público: capacidad funcional.—III. Acceso al empleo público: lugar de residencia como mérito.—IV. Acceso al empleo público: revisión de los actos de selección.—V. Pérdida de la condición de funcionario y rehabilitación.—VI. Provisión de puestos de trabajo: libre designación.—VII. Régimen disciplinario: sanción de separación del servicio por incumplimiento de incompatibilidades.

I. Acceso al empleo público: titulación exigida arbitrariamente

Se interpone recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias por el Ayuntamiento de Avilés contra la sentencia dictada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo, el cual estimó el recurso interpuesto por un ciudadano contra un acuerdo del citado ayuntamiento. El pleno del ayuntamiento había desestimado un recurso de reposición contra un acuerdo previo, que es el que nos interesa, por el que se creaba una plaza de responsable de un programa municipal.

En concreto, se trataba del puesto de Responsable del Programa de Infancia, Adolescencia y Juventud, para el cual el Ayuntamiento estimaba que los titulados de Magisterio resultaban ser los más adecuados, por la vinculación de la plaza a funciones ligadas con la infancia, la adolescencia y la juventud. La decisión del pleno municipal se apoyaba en la propuesta de la Concejalía del Área de Bienestar Social, en la que se argumentaba sobre la idoneidad de la titulación de maestro para los menesteres de la citada plaza.

Como es conocido, la legislación establece entre los requisitos generales el de la posesión de la titulación exigida (art. 56.1.e) TREBEP), lo que implica, lógicamente, que en las convocatorias se podrá incluir la exigencia de aquella titulación que se entiende que ha de ser considerada como necesaria. Ahora bien, tal titulación deberá estar relacionada con el cuerpo o escala de que se trate o con lo establecido en la relación de puestos de trabajo, esto es, con las funciones a desempeñar en el empleo de que se trate. El debate en este caso se centra precisamente en la exigencia de una única titulación como habilitante para acceder a la plaza citada y en la idoneidad de tal exigencia.

La sentencia de 10 de octubre de dos mil dieciséis del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (2793/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso número 193/2016) se inicia anunciando la asunción total de la sentencia apelada y declarando que la apelación planteada por la Administración se limita a repetir los motivos de impugnación que fueron resueltos por el juzgador de instancia en la sentencia apelada, sin que se alcance el objeto propio del recurso de apelación. Dejando a un lado cuestiones procedimentales, nos centraremos en el asunto del título exigido.

Para empezar, recogemos la idea de que, según se señala en la sentencia del Tribunal Superior de Asturias, el requisito de titulación académica no se trata de un requisito de tipo opcional, que pudiera incluirse o no en las relaciones de puestos de trabajo por la mera conveniencia de la Administración, sin ningún tipo de justificación. Por otra parte, la titulación académica específica debe asignarse siempre que sea necesaria, entendiéndose que concurre esa necesidad cuando se deduzca objetivamente de la índole de funciones a desempeñar. La titulación especial deberá quedar convenientemente justificada y se basará, según lo señalado, en las obligaciones específicas derivadas de su desempeño.

En el caso de que el contenido de las funciones del puesto sea transversal y pueda ser desempeñado por personas con diferentes titulaciones debe primar el principio de libertad de acceso. La doctrina habla del principio de libertad con idoneidad.

En definitiva, como se señala en la sentencia comentada «si el puesto de trabajo no guarda una correlación exacta o clara con una titulación específica, debe abrirse a diversas titulaciones cuyo contenido pueda ser adecuado para su desempeño, siendo preciso justificar adecuadamente la reserva específica y determinada» (FD 2).

En el caso presente, constaba en el expediente administrativo —en informe técnico, contrario a la propuesta del Concejal correspondiente— que del análisis de las responsabilidades generales y tareas más significativas de la ficha de funciones correspondientes al puesto, la ma-

yoría eran propios de la Escala de la Administración General (tareas de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo de nivel superior); otras tareas, en cambio, aparecían vinculadas a programas de infancia y juventud, pero de una forma genérica, que suponían, más bien, la realización de tareas propias de la actuación administrativa en un campo concreto (el citado de la infancia y la juventud). En resumen, las responsabilidades generales y las tareas más significativas de la ficha de funciones del puesto de trabajo con denominación Responsable de Infancia, Adolescencia y Juventud no guardaban una estrecha e íntima relación con la única titulación que se iba a exigir para el desempeño del puesto.

Por tanto, la exigencia de la titulación de Magisterio se convierte en una restricción intolerable, opuesta a Derecho, y que en realidad ni siquiera se intentó justificar a nivel municipal (no se explicó por qué las tareas más específicas del puesto, dirigidas a la infancia, adolescencia y juventud, solo podían ser desempeñadas por un maestro —cuando el contenido del puesto no conllevaba ejercer una función docente—, además de que, en paralelo, no se justificaba por qué se debían dejar fuera otras titulaciones). Queda por tanto desestimado el recurso interpuesto por la administración y desautorizada su actuación en este supuesto.

II. Acceso al empleo público: capacidad funcional

El requisito de capacidad, física y psíquica, aparece recogido en el artículo 56.1.b) TREBEP, donde se señala que será necesario poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas. Esta normativa se asienta en la idea de no excluir a nadie del acceso al empleo público por motivos generales —en lo que aquí nos interesa, tampoco a las personas que se consideren genéricamente como discapacitadas—, sino que se atenderá a la circunstancia concreta de si cierta característica personal afecta directamente a la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las tareas a desarrollar.

El Tribunal Supremo en la *sentencia de 23 de mayo de dos mil dieciséis* (2318/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso número 1467/2015) se ocupa de un caso donde se trata de dilucidar si una persona cumple con las condiciones físicas necesarias para realizar funciones auxiliares de enfermería. La afectada fue excluida en la resolución del Director General del Servicio de Salud balear por la que se nombraba perso-

nal estatutario fijo de la categoría de Auxiliar de Enfermería del Hospital Son Llatzer; recurrió y la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears anuló la resolución. En casación, planteada por la Administración sanitaria de Baleares, el Supremo declara que no ha lugar, y confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que declara nula la resolución del Director General del Servicio de Salud por no incluir a la demandante.

La Administración entiende que la demandante en la instancia no cumple con los requisitos de acceso a la función pública, al no haber acreditado su capacidad, ya que se negó a someterse a una de las pruebas de aptitud (un test que examina la visión), resultando, por tanto, que carecía de la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las tareas. Apunta, por ello, que la aspirante debería participar en estos procesos por el turno o plazas reservadas a discapacitados.

Sin embargo, la aspirante señala que antes y durante el proceso selectivo y el proceso judicial ha venido prestando sus servicios como Auxiliar de Enfermería en el Hospital Son Espases, centro médico dependiente de la administración recurrente. La administración no combate que la Sala de instancia ponga de relieve que solo atendió a uno de los informes emitidos por sus servicios, sin tomar en consideración el resto del material probatorio, también elaborado por sus servicios de prevención de riesgos laborales (esto es, la administración disponía de otros informes), obrante en las actuaciones, y más favorable a las pretensiones de la auxiliar de enfermería, que acreditó que, independientemente de su grado de discapacidad, podía realizar su trabajo habitual aún con las restricciones de su maculopatía congénita hereditaria.

Recogiendo (FD 3) un pronunciamiento suyo reciente (sentencia de 17 de marzo de 2016, recurso 680/2015), en la sentencia se señala: «Es constante la jurisprudencia que exige que las decisiones que los órganos administrativos especializados adoptan en el ejercicio de la discrecionalidad técnica de la que están investidos vayan acompañadas de la motivación imprescindible para explicar las razones por las que han llegado a una determinada conclusión, motivación que ha de incluir los criterios aplicados al caso y el proceso mediante el cual esa aplicación lleva al resultado concreto en el caso de que se trate (sentencia de 18 de diciembre de 2013, casación 3760/2012)». En el caso presente, la administración no explica por qué aceptó en exclusiva un informe médico, obviando el resto de la prueba practicada, tal y como se lo reprocha la Sala de instancia. También resulta llamativo que en el proceso la administración señale que ignora si la recurrente trabaja desde hace años para ella y que si lo hacía, lo era como interina, no constando su aptitud, cuando, si bien «el personal interino no supera habitualmente un proceso selectivo como el personal de carrera, ello no ha de ser óbice, a fin de

no causar perjuicios a la ciudadanía atendida, para que cumpla similares exigencias de titulación y aptitud física y psicológica que el personal fijo» (FD 3).

III. Acceso al empleo público: lugar de residencia como mérito

En el municipio de Ferreries necesitaban cubrir la baja médica correspondiente a una plaza de bombero semi-profesional del cuerpo de bomberos del Servicio contra incendios de Menorca, con destino en el parque de la citada localidad. Por ello, el alcalde acordó informar a todo el personal del Ayuntamiento, al objeto de que los interesados en cubrir la plaza temporalmente presentaran una instancia, a la que debían añadir los méritos que alegasen. Contestaron dos aspirantes, un funcionario municipal del servicio de obras, residente en Ferreries, y un policía municipal, pero que residía en una localidad limítrofe, denominada Es Mercadal.

El correspondiente decreto de la Alcaldía nombró como sustituto al primero de los aspirantes y se basó para ello en que era el único de los dos que residía en el municipio (siguiendo, curiosamente, la indicación al respecto del jefe de la Policía Local). El policía, notificado el acto, presentó un escrito (y posteriormente un recurso de reposición) donde rechazó de plano el criterio utilizado para la elección, puesto que la residencia en el municipio de Ferreries, por un lado, no se encontraba prevista en la convocatoria, y, por otro, se oponía a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE).

La Alcaldía rechazó los argumentos de la impugnación del policía. Si bien reconocía, al menos, que la residencia en una localidad no puede considerarse como un criterio para el acceso a la función pública, defendía su aplicación en un caso de urgencia como el que nos ocupa. Además, se señalaba que el aspirante no había aportado documentos acreditativos de sus méritos, y la referencia a los presentados en convocatorias anteriores no servía, porque nada garantizaba su vigencia una vez pasados varios años.

La sentencia apelada por el policía municipal declaró inadmisibles los recursos, al considerar que se interponían contra un acto reproductivo de otro anterior, consentido y firme (ya que, al primer escrito, antes citado, presentado por el recurrente debió dársele carácter de recurso de reposición, por lo que, para cuando se interpuso el recurso contencioso-administrativo, el nombramiento impugnado era ya firme).

Pero el policía interpone recurso de apelación ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Palma y solicita que sea declarado admisible el recurso contencioso-administrativo y que, siguiendo sus argumentos, se revoque la sentencia impugnada. En efecto, la *sentencia de 14 de septiembre de dos mil dieciséis* del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears (677/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso número 238/2016) estima parcialmente el recurso de apelación, anula la actuación administrativa recurrida y reconoce el derecho del recurrente a que se retrotraigan las actuaciones de la Administración para que sean valorados los méritos de los aspirantes y se resuelva conforme a Derecho (la vuelta a su puesto del funcionario enfermo —hecho acaecido, entre tanto— no invalida el derecho del preterido a reclamar los hipotéticos daños y perjuicios derivados de la imposible ejecución de la sentencia).

En concreto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears estima, primero, que el recurso es admisible (pudo haber equivocación en la utilización de los recursos, pero a ello contribuyó activamente la Administración, quien posteriormente desea aprovecharse del error que ha provocado en el particular); segundo, que la falta de aportación de la documentación acreditativa de los méritos alegada *a posteriori* de la primera contestación administrativa es incorrecta (fundamentalmente, por obrar los documentos en poder de la administración); y, tercero, que lo pertinente es la retroacción de las actuaciones para su resolución conforme a Derecho (transformable en una petición de daños y perjuicios).

En cuanto a la cuestión que da título a este epígrafe, esto es, la consideración del lugar de residencia como mérito determinante de la adjudicación del puesto, la sentencia se opone al proceder de la administración y señala de forma genérica «que el hecho que el proceso selectivo no lo fuese para cubrir una plaza vacante con carácter fijo, ello no supone que el proceso de nombramiento interino pueda vulnerar los principios constitucionales y legales que han de presidir los procesos selectivos para cobertura de plazas dotadas con fondos públicos y que, en definitiva, supone respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad» (FD 3). Sobre la residencia, en concreto, se especifica (distinguiendo la cuestión de su posterior exigencia): «si se considera que el lugar de residencia es relevante para la prestación del servicio —se entiende por su rápida incorporación al puesto en caso de servicio urgente— entonces no ha de operar como mérito, sino como condición a cumplir por el que luego resulte nombrado. Es decir, podría nombrarse al que reúna los mejores criterios de mérito y capacidad, pero con la condición de que, una vez nombrado tenga su residencia en el municipio» (FD 3); a mayor abundamiento, «no podía tomarse en considera-

ción como mérito un criterio (lugar de residencia) que no puede operar como tal en cualquier proceso selectivo de personal al servicio de la Administración Pública, sea con carácter fijo o interino. Repetimos que otra cosa es que pueda operar como condición a cumplir por el funcionario seleccionado a tal fin y como paso previo a su nombramiento e incorporación al puesto» (FD 3).

IV. Acceso al empleo público: revisión de los actos de selección

La jurisprudencia tradicional solo permitía el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica de los órganos selectivos en los casos en que fuera posible verificar manifiestas arbitrariedades, errores evidentes de evaluación y calificación o desigualdades en los méritos valorados. La evolución jurisprudencial lleva hoy día a corregir la aritmética de la puntuación obtenida en un proceso selectivo o a revisar la motivación de la puntuación otorgada a los aspirantes. Veamos un par de casos recientes resueltos por el Tribunal Supremo.

Según la *sentencia de 31 de mayo de dos mil dieciséis* (2433/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso número 1740/2015) del Tribunal Supremo, «la fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación [del juicio técnico] para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás» (FD 6).

En el caso de que se ocupa, las pruebas realizadas en la sesión de tarde (72% de aprobados) arrojaron unos resultados totalmente distintos a los obtenidos por la mañana (28% de aprobados). De la doctrina expuesta sobre la discrecionalidad técnica se desprende que en el caso presente no está en juego la discrecionalidad técnica sino la distinta forma de realizarse las pruebas, según fuera turno de mañana o de tarde, cuestión que no se enmarca en aquella, lo que permite rechazar el recurso de casación, planteado por la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, contra la sentencia estimato-

ria del Tribunal Superior de Justicia de Castilla de dicha comunidad autónoma, que ordenó corregir la relación de aspirantes aprobados.

La sentencia 2433/2016 distingue (FD 6) entre el núcleo del juicio técnico sobre el que opera la discrecionalidad técnica, el respeto a las valoraciones que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado, y «la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate» (en los términos recogidos en la sentencia de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002).

Por su parte, en la *sentencia de 15 de junio de dos mil dieciséis* (2812/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso número 2000/2015) se da carta de validez a la anulación de seis preguntas de tipo test (ya que admitían dos respuestas correctas y las bases de la convocatoria establecían que de las cuatro respuestas alternativas solo una era cierta), dado que cualquier error de formulación en las preguntas que pueda generar la más mínima duda en el aspirante impondrá su anulación y es necesario interpretar con respeto las bases de la convocatoria sin poder ampararse en la discrecionalidad técnica.

Recordando sentencias anteriores (sentencia de 16 de diciembre de 2014, recurso de casación 3157/2013, que a su vez reitera la de 23 de diciembre de 2014, recurso de casación 3462), «en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse» y «la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico» (FD 7).

En cuanto a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador, «estas exigencias

lo que apuntan es que tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error de que se viene hablando; y para ello será necesario lo siguiente: (a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacuerdo técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error» (FD 7).

V. Pérdida de la condición de funcionario y rehabilitación

Entre las causas que tienen como efecto la extinción de la relación de servicio (artículo 63 TREBEP) se encuentra la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público. En este caso la pérdida de la condición de funcionario se produce como consecuencia de una sentencia penal firme y desde el momento en que tenga firmeza.

A diferencia de la separación de servicio (de la cual recogemos un caso en el último apartado de esta crónica de jurisprudencia), la extinción de la relación de servicio a consecuencia de una pena de inhabilitación no impide al penado volver a pertenecer a la función pública. Una vez transcurrido el periodo de inhabilitación (artículo 68.2 TREBEP), puede tanto volver a participar en procesos selectivos, como optar a la rehabilitación de la condición de funcionario (cuestión que también ha sido considerada como llamativa por algunos autores y pronunciamientos judiciales: la inexistencia de una figura equivalente a la rehabilitación en los casos de separación del servicio).

Se trata la rehabilitación de una medida de carácter excepcional, otorgada de manera discrecional por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que sean competentes, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. Esta medida se produce a petición del interesado (quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación). Si transcurrido el plazo para dictar la resolución, no se hubiera producido

de forma expresa, se entenderá desestimada la solicitud.

La rehabilitación no es, por tanto, obligada en los casos en que se solicite, sino que se acuerda su concesión o denegación de acuerdo con ciertos criterios que, en el caso del Estado, se recogen en el Real Decreto 2669/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir en materia de rehabilitación de los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración General del Estado.

Pues bien, en el caso seleccionado, un funcionario del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias se vio privado en 2008 de esa condición por resolución de la Subsecretaría de Interior que declaró su pérdida al adquirir firmeza la sentencia de un Juzgado de lo Penal que le condenó a seis meses de prisión y a inhabilitación especial para el empleo o cargo público por dos años. Esas penas se le impusieron por considerarle culpable de un delito contra la integridad moral de un interno, sin que concurrieran circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Una vez cumplida la pena, en 2010, el castigado solicitó el reingreso, lo cual le fue concedido, de manera que estuvo nuevamente prestando servicios en la Administración Penitenciaria. Sin embargo, una resolución del Ministro del Interior de 2014, tras informe del Consejo de Estado, declaró nulo el reingreso producido cuatro años antes —por haberse producido sin observar el procedimiento debido— y declaró que el ahora recurrente carecía de la condición de funcionario. Días después, el recurrente solicitó su rehabilitación, en base a argumentos tales como que ya había cumplido la condena; que había estado prestando servicios como funcionario del Cuerpo de Ayudantes Penitenciarios sin ninguna incidencia de manera ininterrumpida durante los últimos cuatro años; que los hechos por los que fue condenado ocho años antes no causaron perjuicio ni perturbación a la Administración; o que se hallaba apto para el desempeño de los cometidos funcionariales.

El acuerdo del Consejo de Ministros denegó la rehabilitación y fue objeto de recurso, resuelto por el Tribunal Supremo en la *sentencia de 5 de julio de dos mil dieciséis* (3307/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso número 729/2015), la cual declaró que el acuerdo del Consejo de Ministros recurrido no era contrario al ordenamiento jurídico y el recurso contencioso-administrativo debía ser desestimado.

La cuestión estriba en dilucidar si la ponderación que el acuerdo del Consejo de Ministros ha hecho de las circunstancias del caso y el mayor valor que ha dado a determinados criterios orientadores sobre otros (apartados b), c), d) del artículo 6.2 del Real Decreto 2669/1998, antes citado y el informe de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias) es conforme a Derecho.

La sentencia del Supremo señala que «resulta clara la relación del delito con la función pública que desempeñaba el recurrente y, también, que es evidente su gravedad no sólo por la conducta en sí misma sino porque la llevó a cabo quien, por la posición en que se encontraba y por la del interno cuya integridad moral agredió, tenía un especial deber de respetarla. Y aunque la sentencia, obviamente, explique que no se trataba de torturas pues no las hubo, sí puso de manifiesto el desprecio que supuso a la dignidad del recluso víctima de la acción del recurrente» (FD 6). De igual modo, el perjuicio causado al servicio público y a la imagen de la Administración Penitenciaria fue notorio; el trato dispensado al recluso, además enfermo mental, supuso una flagrante infracción de los principios expresados en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (artículo 1) y perjudicó gravemente a la Administración, efecto que no se ha disuelto por el paso del tiempo y que reviviría de concederse la rehabilitación. Y es que «se trata de un supuesto excepcional en la medida en que rehabilitar a quien ya no es funcionario supone devolverle lo que la condena a la pena de inhabilitación, en este caso especial, le ha quitado. (...) Se comprende, por tanto, que deban concurrir motivos cualificados para que ese efecto se produzca. Y es que, una vez transcurrido el tiempo en que la condena impide obtener el empleo o cargo público perdido, como sucede en este caso en que habían pasado los dos años, nada obsta, en principio, a que quien la cumplió y extinguió las responsabilidades derivadas del delito, participe en los procesos selectivos que se convoquen y, de superarlos, sea nombrado nuevamente funcionario del mismo o de otro cuerpo distinto al que perteneció. Frente a esta vía —que cabe de calificar de ordinaria— de volver a la función pública, la rehabilitación tiene la especialidad de producir ese resultado directamente. De ahí que, como decíamos, sea preciso que se den razones singulares que lo justifiquen» (FD 5).

VI. Provisión de puestos de trabajo: libre designación

Como es conocido, el sistema de libre designación es un método de asignación de puestos de trabajo que presenta como nota característica el permitir la libre elección, de entre los candidatos, de la persona que va a ocupar el puesto de trabajo. Supone, por tanto, una contraposición a los principios generales de mérito y capacidad, primando la elección por motivos personales,

eso sí, entre quienes acrediten méritos suficientes para desempeñarlo.

En el asunto que nos ocupa, el Colegio Oficial de Médicos de Pontevedra interpuso recurso contencioso administrativo contra el uso de la figura de la libre designación en el Decreto 36/2014, de 20 de marzo, de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia, por el que se regulan las Áreas de Gestión Clínica del Servicio Gallego de Salud. En concreto, se establecía en el artículo 10 del Decreto citado que la forma de provisión del puesto de director del área de gestión clínica sería la libre designación. El Colegio de Médicos recurrió y para ello alegó la jurisprudencia más reciente sobre el tema, aplicable asimismo a la Administración sanitaria, que destaca el carácter excepcional del procedimiento de libre designación. Al tratarse de un cargo intermedio, para el que no existe especial justificación en la elección del sistema de libre designación, la provisión del puesto debería realizarse, en consecuencia, por concurso de méritos. Pues bien, así lo reconoció la sentencia emitida al respecto por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Posteriormente, el Servicio Gallego de Salud presenta recurso de casación y se emite por el Tribunal Supremo la *sentencia de 19 de mayo de dos mil dieciséis* (2414/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso número 1214/2015), que confirmó la validez de la sentencia recurrida. Según señala el Supremo, «es preciso justificar expresamente los motivos por el que se opta por el sistema excepcional de libre designación frente al ordinario del concurso» (FD 1); y con respecto al caso estudiado, (donde la Consellería alega la especial responsabilidad, según lo exigido para la libre designación por el Estatuto estatal y por la legislación gallega) continúa señalando la sentencia que «no se ha acreditado la exigencia de esa especial responsabilidad, más allá de las funciones directivas que le atribuye la normativa reglamentaria, que justifiquen acudir al nombramiento excepcional de la libre designación, y esta valoración de la prueba, lejos de ser arbitraria e ilógica, único supuesto en que según la jurisprudencia permitiría su revisión en sede de casación, aparece como razonable y compatible con los principios de mérito y capacidad que, salvo las excepciones legalmente previstas, rigen también en la provisión de destinos entre quienes tienen capacidad acreditada para cubrir los correspondientes puestos, sin que el hecho de buscar una complicidad en las líneas rectoras de la Administración correspondiente sea motivo suficiente, pues el principio de jerarquía es suficiente garantía de tal correspondencia» (FD 1). No sirven, pues —como se recuerda en la sentencia, trayendo a colación pronunciamientos anteriores— los motivos genéricos, las fórmulas estereotipadas o las meras denominaciones, que no aportan una información o una valoración real sobre el carácter directivo

o la especial responsabilidad, y que, si se aceptaran directamente ofrecerían una vía de escape directa a la regla general.

VII. Régimen disciplinario: sanción de separación del servicio por incumplimiento de incompatibilidades

Una funcionaria de carrera del Departamento de Salud del Gobierno Vasco fue expedientada por la comisión de una infracción en materia de incompatibilidades, en concreto, por simultanear el empleo público con la condición de titular-propietaria de una farmacia. En efecto, el acuerdo del Consejo de Gobierno del Gobierno Vasco que resolvió el expediente en 2013 estableció que se trataba de una falta muy grave, de acuerdo con la propuesta de resolución del órgano instructor. El apoyo legal se encuentra, por una parte, en el art. 95.2.n) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y, por otra, en el art. 83.h) de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca. La sanción impuesta por tal falta conllevó la separación definitiva del servicio como funcionaria.

La funcionaria sancionada recurrió entonces ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual desestimó el recurso, en sentencia dictada el 19 de setiembre de 2014, con imposición de costas a la demandante. Un mes más tarde dictó un auto aclaratorio, a petición de la demandante.

Posteriormente, se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual resolvió en *sentencia de 12 de julio de 2016* (3478/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso número 3811/2016), que confirmó la validez del acuerdo del Consejo de Gobierno del Gobierno Vasco y la actuación del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En su sentencia, el Tribunal Supremo explica los motivos de rechazo de la casación, de donde extraemos algunas referencias al aspecto más grave del asunto, la separación definitiva del servicio, la más elevada de las sanciones disciplinarias. El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades puede constituir una falta muy grave o grave, y la aplicación de estos tipos y la graduación de las sanciones correspondientes debe observar el principio de proporcionalidad, pues son muy distintos y de distinta gravedad los supuestos que puedan acontecer.

Como dato relevante, es necesario saber que la funcionaria había sido sancionada previamente, en febrero

de 2006, con cuatro años de suspensión por la misma cuestión (esto es, la infracción muy grave del art. 83.h) de la Ley de Función Pública Vasca: el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades) y que tuvo su recorrido judicial hasta 2011 por la oposición que planteó la funcionaria en los tribunales a la medida disciplinaria.

Por otra parte, la funcionaria presentó una solicitud de compatibilidad en enero de 2006, reconocida por silencio positivo y que, asimismo, fue combatida, en este caso por la administración vasca, hasta su definitiva resolución en 2009 en favor de la funcionaria. Esta situación originó que la administración iniciara un procedimiento de lesividad contra la resolución presunta, al cual se opuso la funcionaria con un recurso infructuoso en vía administrativa y que llevó finalmente en 2013 (tras apelación de una primera sentencia favorable al Gobierno Vasco en 2010) a la declaración judicial de desconformidad a derecho del acto administrativo presunto con el que se había reconocido el silencio positivo estimatorio de la solicitud de compatibilidad. Precisamente, tras pronunciarse esa última sentencia, la funcionaria continuó con su doble actividad, siquiera por poco tiempo, hasta la apertura del expediente sancionador del mismo año, lo cual le acarreó a la postre la sanción de separación definitiva del servicio.

En referencia a la determinación de la sanción, la sentencia señala que «independientemente de que el tiempo finalmente considerado como de incompatibilidad entre las dos funciones públicas fuera breve, lo cierto era que la recurrente conocía debidamente la legislación aplicable en razón, entre otras razones, de la anterior sanción por incumplimiento del régimen de incompatibilidades» (FD 6).

Además de rechazar que la sentencia recurrida fuera contra el principio de proporcionalidad en la confirmación de la sanción e irracionalidad en la ratificación de la medida de separación de servicio, también se niega el quebrantamiento por la Administración del principio de la buena fe por el inicio del expediente sancionador tras conocerse la sentencia definitiva sobre el acto lesivo (FD 5).

Encontramos en la sentencia del Supremo y las decisiones judiciales previas el recordatorio de algunas ideas más de interés en materia de incompatibilidades, tales como que el deber de abstención en actividades incursas en incompatibilidad nace directamente de la Ley, esto es, que para incurrir en infracción del régimen de incompatibilidades, no es necesario que exista una declaración expresa y formal por parte de la Administración (FD 1).