

JUAN RAMON SUAREZ GARCIA
PROCURADOR

Notificado el
8 de ABRIL de 2014

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
GIJON**

SENTENCIA: 00066/2014

- N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA Nº 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2013 0000330

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000317 /2013 /

Sobre: OTRAS MATERIAS

De D/Dª: MARIA DORA ALONSO RIESGO, CONSEJO GENERAL COLEGIOS OIC.SECRETARIOS ADMON. LOCAL

Letrado: DANIEL ANICETO RODRIGUEZ VILLA,

Procurador D./Dª: MARIA JOSE IÑARRITU RODRIGUEZ, MARIA JOSE IÑARRITU RODRIGUEZ

Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE GIJON

Letrado: ABELARDO RODRIGUEZ GONZALEZ

Procurador D./Dª JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

SENTENCIA

En Gijón, a uno de abril de dos mil catorce.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Abreviado núm. 317/2013, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandantes Doña María Dora Alonso Riesgo y el Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Secretaría General y Tesoreros de Administración Local, representados por la Procuradora Doña María José Iñarritu Rodríguez y asistidos la primera por el Letrado Don Daniel Aniceto Rodríguez Villa y el segundo por el Letrado D. José Luis Rivera Carpintero; de otra como demandado el Ayuntamiento de Gijón representado por el Procurador Don Juan Ramón Suárez García y asistido por el Letrado Don Abelardo Rodríguez González; sobre personal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por los recurrentes se presentó sendas demandas en las que alegaron los hechos y fundamentos de derecho

contenidos en las mismas y terminaron suplicando al Juzgado declare la nulidad del acuerdo recurrido, así como de cuantos actos administrativos sean dictados en su desarrollo o con motivo del mismo, con expresa imposición de las costas a la Administración demandada.

SEGUNDO: Las demandas fueron admitidas a trámite señalándose día y hora para la celebración de la vista, acordando reclamar de la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, el cual fue remitido, celebrándose la vista con el resultado que obra en autos.

TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por la representación procesal de Doña María Dora Alonso Riesgo se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 15-10-13, por la que se acuerda su cese en el puesto de trabajo de Secretaria General; se deja sin efecto la designación de la actora realizada con carácter provisional para el desempeño de las funciones inherentes a la Secretaría General Letrada de la Junta de Gobierno; se ordena el inicio de los trámites precisos para la modificación de la RPT del Ayuntamiento de Gijón y de sus Fundaciones y Patronato, al objeto de incluir en la misma un puesto de trabajo reservado a funcionarios con habilitación de carácter estatal, subescala Secretaría y categoría superior, con un nivel de complemento de destino y específico no inferior a 28. Dicho puesto tendrá atribuidas las funciones de colaboración, apoyo y asistencia jurídica que le atribuya la Alcaldía y, una vez creado el mismo, la recurrente podrá permanecer en él hasta obtener otro por los procedimientos legalmente previstos; asignar a la recurrente, en tanto no se cree el puesto de trabajo indicado en el apartado anterior, las funciones de colaboración, apoyo y asistencia jurídica que le sean atribuidas por la Alcaldía; mantener las retribuciones actuales de la actora, en tanto se le adscriba al puesto de trabajo referido y durante un plazo máximo de tres meses y dar cuenta del acuerdo al Pleno de la Corporación, trasladar la presente resolución al órgano competente de la Comunidad Autónoma y a la Dirección General de la Función Pública para anotación y publicación en el BOE.

Como motivos de impugnación se alega que la resolución recurrida no reconoce la garantía suplementaria contenida en el art. 29 del RD de Provisión de Puestos de Trabajo; defectos del expediente tramitado para llevar a efecto el cese: se señala que en el expediente no consta informe del Jefe de Servicio de Relaciones Laborales y falta de audiencia; falta de motivación del cese, necesidad de motivación de los actos administrativos dictados en el ejercicio de facultades discrecionales en detrimento y evitación de la arbitrariedad, y desviación de poder.

Por la representación procesal del Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Secretaría General y Tesoreros de Administración Local se interpuso recurso

contencioso-administrativo contra la misma resolución del Ayuntamiento de Gijón en el que se alegan los mismos motivos impugnatorios que los aducidos por la representación procesal de la Sra. Alonso Riesgo.

Por la Administración demandada se alegó la inadmisibilidad del recurso y en cuanto al fondo su desestimación.

SEGUNDO: Alega la parte demandada la falta de legitimación del Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local por falta de legitimación para el proceso y para el asunto.

En cuanto a la primera, se aportó por la representación de dicho Consejo (folio 266 de la causa) acuerdo del Presidente del mismo de 10-12-13 en el que, con carácter urgente, procede a la impugnación del cese de la codemandante, aportándose en el acto de la vista certificación de la Secretaria de la Comisión Ejecutiva de dicho Consejo en la que se señala que en su sesión de 6-2-14 ha adoptado por unanimidad ratificar la decisión de impugnación adoptada con carácter de urgencia por la Presidencia del Consejo General. Dado que dicha Comisión Ejecutiva es el órgano de gobierno y administración del Consejo General (art. 31 de los Estatutos, folio 189 de la causa) ha de entenderse cumplido el requisito exigido en el art. 45.2.d) de la LJCA en cuanto a la necesidad de aportar el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación.

En cuanto a la legitimación ad causam entendida como la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, ha de reconocerse dicha legitimación al Consejo General en el presente caso, a la vista del art. 26.1.m) de sus Estatutos (folio 188 de la causa) según el cual el Consejo General tiene la función de proceder a la impugnación, ya sea en vía administrativa o judicial, por iniciativa propia o a instancia de Colegio Territorial o Consejo Autonómico, de cuantos actos o disposiciones generales se consideren perjudiciales para el ejercicio de las funciones reservadas a los Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local y sus intereses profesionales, precepto que ha de ponerse en relación con el art. 2.c) de los mismos Estatutos (folio 179 de la causa) que prevé como fines esenciales de la Organización Colegial la representación de la profesión (con independencia de la colegiación de los interesados).

TERCERO: Se alega por los demandantes que no se ha respetado la garantía suplementaria contenida en el art. 29 del RD 1732/94 sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Establece dicho precepto que el funcionario nombrado para un puesto de libre designación podrá ser cesado, con carácter discrecional, por el mismo órgano que lo nombró, siempre que

se le garantice un puesto de trabajo de su subescala y categoría en la Corporación, que deberá figurar en la relación de puestos de trabajo de ésta y cuya remuneración no será inferior en más de dos niveles a la del puesto para el que fue designado. Añade el precepto que dicho puesto de trabajo estará clasificado como reservado a habilitados de carácter nacional, tendrá atribuidas las funciones de colaboración, apoyo y asistencia jurídica o económica que le atribuya el Presidente de la Corporación y en él se podrá permanecer hasta obtener otro por los procedimientos establecidos en el presente Real Decreto. La motivación de la resolución de cese se referirá a la competencia para adoptarla.

Asimismo, el art. 80.4 del EBEP previene que los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente. En caso de cese, se les deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema.

Se argumenta por los actores que el acuerdo recurrido es nulo al no cumplir la exigencia de existir en el momento del cese un puesto creado de habilitado estatal de su escala y categoría en la RPT del Ayuntamiento de Gijón, como el mismo acuerdo reconoce en el apartado tercero de su parte dispositiva al ordenar el inicio de los trámites precisos para la modificación de la RPT. Se añade que, además, la creación de dicho puesto no es una competencia exclusiva del Ayuntamiento, sino que conforme a la Disposición adicional segunda del Estatuto Básico, apartado tercero, la creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal corresponde a cada Comunidad Autónoma de acuerdo con los criterios básicos que se establezcan por Ley. Igualmente se cita el art. 2 del RD 1732/94 según el cual la competencia de ejecución en materia de clasificación de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional corresponde a la Comunidades Autónomas dentro de su ámbito territorial y el art. 9 de dicho RD que preceptúa que los expedientes de clasificación serán resueltos por el órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva.

A juicio del Juzgador la previsión de los arts. 29 del RD 1732/94 y 80 del EBEP en el sentido de que, en caso de cese, debe garantizarse o asignarse un puesto de trabajo que deberá figurar en la RPT (dice el primer precepto citado) exige que tal puesto se halle creado en la RPT en el momento del cese.

Ahora bien, consta en el expediente (folios 4 y 5 del índice de documentos del expediente 033830/13) el acuerdo de la Junta de Gobierno de 19-11-13 por el que se aprueba la modificación puntual de la RPT en cuanto a la creación del puesto reservado a funcionarios con habilitación de carácter estatal, acuerdo que fue publicado en el BOPA de 2-12-13 (folio 6 del mismo expediente).

Dado que la falta de dicho puesto en la RPT en el momento del cese no constituye una causa de nulidad de pleno derecho, la creación posterior al cese de dicho puesto constituye mas



que una causa de pérdida sobrevenida del objeto del proceso, como sostiene la demandada, un supuesto de convalidación a que se refiere el art. 67 de la Ley 30/92, no habiéndose producido la indefensión de la interesada en cuanto el acuerdo recurrido (apartado 5º) mantiene sus retribuciones actuales en tanto se le adscriba al puesto de trabajo referido y durante un plazo máximo de 3 meses, plazo que no había transcurrido en el momento de publicarse la modificación de la RPT reseñada.

Se alega igualmente por los demandantes que la creación del puesto en la RPT no es una competencia exclusiva del Ayuntamiento sino que interviene igualmente la Comunidad Autónoma.

Sin embargo, la creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal a que se refieren la disposición adicional segunda, apartado 3 del EBEP, y los arts. 2 y 9 del RD 1732/94, no incluye el puesto que ha de asignarse a la actora, sino que se refiere a la creación, clasificación y supresión de puestos de funcionarios con habilitación de carácter estatal que son necesarios en todas las Corporaciones locales y que han de ser cubiertos por los procedimientos reglamentarios de acceso y provisión (apartados 1.2, 4, 5 y 7 de la disposición adicional segunda del EBEP), a diferencia del puesto que ha de garantizarse en caso de cese a que se refiere el art. 29 del RD 1732/94 que está excluido de tal cobertura en cuanto esta reservado para los supuestos de cese.

En este sentido la obligatoriedad de creación del puesto en el caso del cese de la recurrente se prevé de forma directa por la Ley estatal (art. 80.4 EBEP) y el art. 29 del RD 1732/94 regula expresamente las características de clasificación y retribución que ha de tener el puesto: un puesto de trabajo de su subescala y categoría y la remuneración no será inferior en más de dos niveles a la del puesto para el que fue designado. Asimismo, dicho puesto figura (con fecha posterior al cese, según lo razonado anteriormente) en la RPT, luego no se aprecia vulneración del ordenamiento jurídico por el motivo examinado.

CUARTO: Alegan los recurrentes la existencia de defectos del expediente tramitado para llevar a efecto el cese. En concreto la falta de informe del Jefe de Servicio de Relaciones Laborales (arts. 172 y 175 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales) y la falta de audiencia.

El art. 172 del ROF prevé que en los expedientes informará el Jefe de la Dependencia a la que corresponda tramitarlos, exponiendo los antecedentes y disposiciones legales o reglamentarias en que funde su criterio. Y el art. 175 previene que los informes para resolver los expedientes se redactarán en forma de propuesta de resolución y contendrán los extremos siguientes: a) enumeración clara y sucinta de los hechos, b) disposiciones legales aplicables y alegación razonada de la doctrina y c) pronunciamientos que haya de contener la parte dispositiva.

En cuanto al principio de audiencia se invoca el art. 105 CE y el art. 84 de la Ley 30/92.



El art. 105.c) CE establece que la Ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado. Por su parte, el art. 84.1 de la Ley 30/92 previene que instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el art. 37.5.

Sin embargo, en ningún precepto se alude a que en el cese de la libre designación tenga que existir previamente un expediente contradictorio (art. 80 EBEP, art. 29 del RD 1732/94, art. 58 del RD 364/95) y en este sentido la sentencia del TS de 13-6-97 señala que la esencia misma del sistema de libre designación es contraria a la necesidad de previa audiencia dado que, dice dicha sentencia, ni siquiera es necesaria que las razones del cese se exterioricen cuando se decide éste, criterio jurisprudencial éste que no modifica el EBEP (art. 80.4) según el cual los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente.

Por tanto, dado que la normativa aplicable en materia de cese de funcionarios de libre designación no prevé la necesidad de tramitar expediente contradictorio ni el criterio jurisprudencial reseñado exige el trámite de audiencia del interesado, no pueden acogerse los motivos impugnatorios aducidos en este fundamento jurídico.

QUINTO: Se alega por la actora la falta de motivación del cese. Necesidad de motivación de los actos administrativos dictados en el ejercicio de facultades discrecionales en detrimento y evitación de la arbitrariedad, así como la existencia de desviación de poder.

Hemos de comenzar el análisis de estos motivos impugnatorios realizando algunas consideraciones previas sobre el procedimiento de libre designación. Dicho procedimiento ha sido objeto de críticas doctrinales en las que se señala que existe una infracción de las previsiones constitucionales del art. 23.2 CE por cuanto no se respetan los principios de igualdad y los derivados del mismo de mérito y capacidad. Algunos autores se refieren a que es un sistema de "confianza puro y duro", encontrando difícil la conciliación entre este sistema y el principio constitucional de objetividad ya que este procedimiento no puede dar cumplimiento a las exigencias de imparcialidad y objetividad en el hacer del funcionario público, ante la permanente amenaza del cese discrecional cuando no arbitrario. Otros autores señalan como crítica del sistema que a) la determinación de los requisitos de desempeño del puesto de libre designación son fijados con una discrecionalidad absoluta, lo que supone una negación pura y simple de la igualdad, mérito y capacidad, lo que supone un rechazo a las previsiones del art. 23.2 CE.; b) las RPT y la convocatoria de la provisión por libre designación solo pueden fijar discrecionalmente los requisitos de desempeño pero no establecen ninguna clase de reglas de preferencia, es decir, desaparece la posibilidad de valorar a cada uno de los

aspirantes con criterios objetivos y establecer una prelación entre ellos, por lo que se está ante una elección en estrictos términos de "confianza".

Pese a estas críticas el TC ha respaldado el sistema de libre designación señalando que (fundamento de derecho decimosegundo de la sentencia constitucional 235/2000, que cita a su vez la STC 207/88) "en nuestro ordenamiento y en las diversas Administraciones Públicas, no existe un solo sistema o procedimiento para la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios, ni existe tampoco homogeneidad entre las situaciones de permanencia y estabilidad correspondientes a los diversos puestos... Ello se traduce en la existencia de diferencias entre las diversas Administraciones respecto del margen de actuación de que disponen para la provisión de puestos de trabajo, aun cuando ello no pueda significar que tal margen sea absoluto y que pueda convertirse en arbitrariedad, pues los límites jurídicos generales y los concretos que en cada caso se establezcan siguen en estos casos encuadrando la acción administrativa".

Añade la sentencia que "esta doctrina que se reitera en las SSTC 18/87 y 10/89 permite sostener la constitucionalidad del sistema de libre designación, cuya entrada en juego no comporta que los principios de mérito y capacidad queden exclusivamente constreñidos al ámbito del concurso, en la medida en que ...la facultad de libre designación no atribuye al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente, con olvido de que el servicio del interés público es la esencia y el fundamento del ejercicio de toda potestad administrativa, con la consecuencia, en todo caso, de la eventual apreciación, con ocasión del oportuno control judicial ex art. 106.1 CE, del vicio de desviación de poder de constatarse una marginación indebida de los principios de mérito y capacidad".

Por su parte el TS en sentencia de 23-4-07 ha señalado que en nuestro ordenamiento jurídico el sistema normal de provisión de los puestos de trabajo de funcionarios es el concurso, sin duda el más propicio para la más efectiva realización de los principios de mérito y capacidad y de igualdad de condiciones en el acceso a la función pública (arts. 23.2 y 103.3 de la CE) y que únicamente por vía de excepción a aquella regla se contempla la posibilidad de que se adopte el sistema de libre designación para aquellos puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo en atención a la naturaleza de sus funciones.

El Legislador estatal (EBEP) contempla y regula este procedimiento. Así el art. 80.1 del EBEP previene que la libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.

El procedimiento del concurso aparece definido en el art. 79 del EBEP según el cual el concurso, como procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo, consistirá en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter

técnico. La composición de estos órganos responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre. Su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad.

Vemos pues, como el sistema de libre designación, al contrario de lo que sucede con el concurso, se caracteriza por la discrecionalidad que despliega el órgano competente para efectuar un nombramiento, sin estar atado por ningún criterio o regla objetiva derivada de la antigüedad del funcionario, de su experiencia previa, titulaciones académicas, formación, puestos de trabajo desempeñados, etc.

Esta caracterización del sistema de libre designación lleva al TS a señalar (fundamento de derecho 5º de la STS de 30-11-99) que la libre designación o el nombramiento discrecional solo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el órgano de gobierno competente para formular la propuesta puede apreciar libremente sin estar sometido al requisito formal de la motivación o, dicho de otro modo, sin necesitar que su voluntad se exprese previa exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a una determinada persona y, por otra parte, que como aquella competencia abarca y comprende también tal apreciación de confianza, ésta no podría ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada, que es justamente el fundamento esencial del requisito de la motivación, innecesaria, por tanto en tal supuesto, y por lógica, no determinante, su ausencia, de vicio de anulabilidad.

En este mismo sentido de situar la confianza como principio que justifica el nombramiento de puestos de libre designación, la sentencia constitucional 127/95 al referirse a las características propias del puesto de trabajo desempeñado por el recurrente, esto es, una plaza de libre designación, señala que para su desempeño resulta indispensable la existencia de una relación de confianza, garante del buen funcionamiento del servicio.

Ahora bien, tratándose de funcionarios con habilitación de carácter nacional, "la confianza que, en este sentido, puede predicarse de la libre designación, en cuanto modo de provisión entre funcionarios de puestos de trabajo, es la que se deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto en los méritos esgrimidos, esto es, en su historial funcional (STC 235/2000).

En el presente caso, la resolución recurrida no contiene motivación alguna de la causa o causas del cese de la recurrente, invocándose por la parte actora la reciente jurisprudencia sobre la necesidad de motivación de los actos discrecionales, en concreto los referidos a nombramiento de puestos de libre designación.

A este respecto la sentencia del TS de 30-9-09 señala que para estos supuestos de nombramientos funcionariales por libre designación es trasladable "la doctrina que el Pleno de esta Sala Tercera del TS ha sentado sobre los nombramientos



discrecionales para cargos jurisdiccionales en las sentencias de 29-5-06 y 27-11-07 en las que expresamente se declaran superados los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales (se citan los contenidos en las SSTs de 3-2-97 y 30-11-99) que habían apuntado la innecesariedad e inexigibilidad de motivación en esa clase de nombramiento. El núcleo de esa nueva jurisprudencia se apoya en la idea principal de que la libertad legalmente reconocida para estos nombramientos discrecionales no es absoluta sino que tiene unos límites. Límites que están representados por las exigencias que resultan inexcusables para demostrar que la potestad de nombramiento respetó estos mandatos constitucionales: que el acto de nombramiento no fue mero voluntarismo y cumplió debidamente con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), que respetó en relación a todos los aspirantes, el derecho fundamental de todos ellos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) y que el criterio material que finalmente decidió el nombramiento se ajustó a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad.....la exigencia sustantiva consiste en la obligación, a la vista de la singularidad de la plaza, de identificar claramente la clase de méritos que han sido considerados prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento...En el procedimiento de libre designación rigen también los principios de mérito y capacidad, pero, a diferencia del concurso, en que están tasados o predeterminados los que ha de decidir el nombramiento, la Administración tiene reconocida una amplia libertad para decidir, a la vista de las singulares circunstancias existentes en el puesto de cuya provisión se trate, cuales son los hechos y condiciones que, desde la perspectiva de los intereses generales, resultan más idóneos o convenientes para el mejor desempeño del puesto. La motivación de estos nombramientos que es obligada en virtud de lo establecido en el art. 54.2 de la Ley 30/92 no podrá quedar limitada a lo que literalmente establece el art. 56.2 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado aprobado por RD 364/95 (que solo la refiere al cumplimiento por el candidato elegido de los requisitos y las especificaciones exigidos en la convocatoria y la competencia para proceder al nombramiento). Lo establecido en este precepto reglamentario sobre la motivación deberá ser completado con esas exigencias que, según esa nueva jurisprudencia que ha sido expuesta, resultan inexcusables para justificar el debido cumplimiento de los mandatos contenidos en los arts. 9.3, 23 y 103.3 CE y esto significa que la motivación deberá incluir también estos dos extremos: los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento y cuales son las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes".



La parte actora solicita la aplicación de esta doctrina jurisprudencial a la resolución recurrida de cese por tratarse igualmente de un acto discrecional.



La jurisprudencia constitucional en materia de cese de puestos de libre designación señala que (SSTC 216/05 y 92/09) "la carga probatoria incumbe al empresario también en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto de ser motivadas, pues ello no excluye que, desde el prisma constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador...".

Dicho en otros términos, en los puestos de trabajo de libre designación la correlativa libertad de cese es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales, por lo que si se pretende el cese del recurrente en un puesto de esa naturaleza habrá que justificarlo en un dato o elemento objetivo, que pueda estar vinculado a las funciones propias de dicho cargo."

Esto es, la jurisprudencia constitucional partiendo de la falta de necesidad de justificar el cese, limita la discrecionalidad del mismo en el respeto de los derechos fundamentales del funcionario, de forma que si estos han sido lesionados, el acto de remoción en el puesto es ilícito.

En el presente caso alega la recurrente la vulneración de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 23.2 y 24 de la CE.

Sin embargo no se aprecia en el caso dicha vulneración. Así, en cuanto al derecho al cargo, la sentencia constitucional 235/2000 señala que no se vulnera, "pues éste implica el derecho a que la carrera administrativa o profesional del funcionario se desarrolle en coherencia con la habilitación (de carácter nacional) adquirida con ocasión del ingreso en la función pública, no el mantenimiento o preservación en el puesto adjudicado (incompatible por esencia con la libre designación, a la que es consustancial, en los términos arriba expresados, la posibilidad de la destitución o cese)".

Tampoco se aprecia vulneración del art. 24 CE por omisión de trámite de audiencia. En primer lugar el art. 105.c) de la CE garantiza la audiencia del interesado "cuando proceda". Por otra parte tal omisión se habría producido en la vía administrativa, habiendo promovido la actora la presente vía judicial donde ha podido alegar y probar lo que ha estimado conveniente. Tampoco se ha vulnerado la garantía de indemnidad en el sentido de que su cese constituya una represalia por haber ejercido con anterioridad al mismo una pretensión de tutela judicial.

Volviendo a la nueva jurisprudencia del TS que en materia de nombramientos de libre designación exige la motivación de los mismos en base al art. 54 de la Ley 30/92 y a la pretensión de la recurrente en el sentido de que ha de aplicarse dicha jurisprudencia a los casos de cese, ha de señalarse que, en efecto, la resolución recurrida carece de motivación que justifique dicho cese.



Ahora bien, el examen de la prueba practicada en el presente juicio permite considerar acreditado que dicho cese se produjo con motivo de la actuación de la actora en relación a la notificación de la convocatoria del "Pleno de fachadas" celebrado el 17-7-13 (folio 77 de la causa). En este sentido, al ser interrogada aquella sobre si alguien del equipo de Gobierno le había comunicado verbalmente o por escrito cual había sido la causa de su cese contestó (1 hora, 1 minuto y 12 segundos del video 2 de la grabación) que sí. Que la recurrente tenía una relación con la Alcaldesa buena, sin ningún problema. Que fue a raíz del Pleno que ella (la Alcaldesa) dejó de relacionarse con la declarante. Que la llamó varias veces por teléfono, intentó hablar con ella, incluso le dieron su teléfono de su casa, pero no consiguió hablar con ella y habló con el Sr. Couto, que era el Concejal mas accesible y le preguntó qué pasaba y él le dijo mire la Alcaldesa jamás le perdonará lo que has hecho, la has desautorizado, ella es la Alcaldesa de Gijón y tú has actuado por encima de ella, has convocado un Pleno en contra de su voluntad y en contra de un informe jurídico que avalaba su decisión y que era inútil que intentase (la recurrente) relacionarse con ella (la Alcaldesa) y el chico que lleva personal le dijo que en verano estuvieron pensando en cesarte. Al ser preguntada si en verano habían intentado cesarla por el tema de fachadas contestó (1 hora, 2 minutos, 30 segundos) que era siempre el mismo tema.

Aún cuando en su interrogatorio a la actora la representación del Ayuntamiento de Gijón le preguntó en relación a otras cuestiones y en concreto en relación al Pleno de 11-9-13 (en realidad 11-10-13, folios 87 y ss de la causa) sobre si la actora no había pedido la palabra para opinar sobre las dudas legales planteadas por el Portavoz de Izquierda Unida y Foro, y la testigo Doña Lucía García Serrano fue preguntada en relación a un informe sobre el matadero municipal (1 hora, 7 minutos, 20 segundos del video 2 de la grabación), lo cierto es que la recurrente ha ofrecido una amplia explicación sobre el motivo que había determinado su cese (pleno de fachadas), que hace verosímil su versión en cuanto a la verdadera causa de su cese, lo que aparece corroborado por el hecho de que D. Rafael Felgueroso Villar (1^{er} Teniente de Alcalde y Secretario de la Junta de Gobierno) en su comparecencia judicial al ser interrogado si negaba la cualificación profesional y técnica de la actora contestó (minuto 2,05 del tercer audio de la grabación) que no negaba su cualificación, lo que decía es que a raíz del mes de julio o verano aproximadamente del año 2013, la relación fluida que existía, la posibilidad de tratar asuntos relativos al Ayuntamiento con ella, dejó de existir, añadiendo (minuto 2,55) que era la confianza profesional, en el sentido de que con él, tratándose de haber tratado muchísimos asuntos con ella, esa confianza cesó porque no quería tratar con él determinados temas.

No se ha ofrecido por parte de la Administración ningún indicio probatorio que justifique una falta de confianza profesional en la actora con anterioridad al mes de julio de 2013, hasta cuyo mes existía una "relación fluida", según manifestó el Sr. Felgueroso, ni tampoco se aporta por la demandada indicios probatorios que evidencien la existencia de

hechos distintos al Pleno de fachadas ocurridos en el mes de julio de 2013 que expliquen el cese acordado. Es a partir de dicho Pleno cuando se inicia un distanciamiento de todos o algunos de los miembros del equipo de Gobierno que desemboca en el cese de la recurrente.

En estas circunstancias procede examinar si la verdadera causa que llevó al cese de la actora, no manifestada en la resolución recurrida, constituye motivo de anulación de ésta por ser contraria a derecho y si la misma implica una desviación de poder, o si por el contrario implica una pérdida de confianza profesional justificativa del cese.

Ha de tenerse presente que la falta de motivación puede integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante; el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si se ha producido o no por tanto indefensión del interesado.

Como ya hemos señalado, la actora tanto en su demanda (folios 13 y ss. de la causa) como en su comparecencia judicial identificó como causa de su cese la postura que había mantenido profesionalmente al notificar la convocatoria automática del Pleno de fachadas, al amparo del art. 46.2 de la Ley 7/85, interpretación jurídica no coincidente con el informe realizado por el Jefe de la Asesoría Jurídica de 21-6-13 (documento 6.3 aportado en el acto de la vista por la Administración demandada). También hemos ya señalado que la prueba practicada en este juicio otorga verosimilitud a la versión mantenida por la actora sobre la causa del cese, sobre cuya ilegalidad la misma ha razonado ampliamente en la demanda, lo que permite hacer un pronunciamiento funcional y operativo (STS de 4-2-11) sobre la legalidad o ilegalidad del acto recurrido.

SEXTO: Pues bien, examinadas las alegaciones de las partes y la prueba practicada, hemos de concluir que no se aprecia vicio de ilegalidad por falta de motivación o desviación de poder en el acto recurrido.

En cuanto al alegado defecto de motivación hemos de señalar: 1º) Que la jurisprudencia que se cita por la parte actora se refiere a nombramientos discrecionales (no a ceses). 2º) El art. 29 párrafo 3º del RD 1732/94 establece que la motivación de la resolución de cese se referirá a la competencia para adoptarla. 3º) La jurisprudencia constitucional en materia de ceses de puestos de libre designación, parte de la no exigencia de motivación, estableciendo como límite el respeto de los derechos fundamentales del interesado, que en el caso de autos según hemos razonado anteriormente no se han conculcado. 4º) Según la sentencia constitucional 235/2000 la confianza que puede predicarse de la libre designación en caso de funcionarios es la profesional. 5º) La resolución municipal de 31-10-06, aportada por el Ayuntamiento como documento 1 en el acto de la vista, de nombramiento de la recurrente para el puesto de Secretaria General del Pleno, no contiene ninguna motivación pese a la existencia de dos candidatos, de modo que si ninguna razón exteriorizó dicha resolución sobre cual había sido el

criterio de preferencia de la actora, ha de entenderse que se basó en la confianza profesional que la misma producía en el órgano de su nombramiento, al ser la confianza profesional una característica inherente al sistema de libre designación por lo que ninguna otra motivación adicional cabe exigir en el momento en que se acuerda su cese, al que resulta consustancial la pérdida de dicha confianza profesional.

Dado que se considera acreditada la causa del cese de la actora por haber notificado la convocatoria automática del Pleno de fachadas a que se refiere el art. 46.2 de la Ley 7/85, ha de examinarse si la resolución de cese incurre en desviación de poder, entendiéndose por tal el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (art. 70.2 de la LJCA).

Alega la actora que durante toda su vida laboral en este Ayuntamiento y en anteriores desde 1985 no consta ni un solo incidente negativo en su expediente personal y que el cese deriva de un cumplimiento por parte de la recurrente de una obligación legal propia de la función pública que afecta al derecho fundamental establecido en el art. 23 CE, no existiendo en el momento del cese en la Secretaría municipal, pendiente de evacuar, ningún informe solicitado por la Sra. Alcaldesa.

Entendemos que el cese de la recurrente por el hecho de haber realizado la notificación de la convocatoria automática del Pleno de fachadas constituiría un supuesto de desviación de poder, si no fuera porque existe un informe realizado por el Jefe de la Asesoría Jurídica de 21-6-13 (documento 6.3 aportado por el Ayuntamiento en el acto de la vista) que en relación a dicho Pleno es contrario a su convocatoria, lo que motivó la resolución de la Sra. Alcaldesa de 21-6-13 que rechaza la inclusión del asunto propuesto en el orden del día y consecuentemente deniega la solicitud de convocatoria de Pleno extraordinario (documento 6.3 reseñado), en cuya resolución se basó la Sra. Alcaldesa para excluir del orden del día el asunto propuesto y levantar la sesión del Pleno de 17-7-13 (folio 77 de la causa).

La existencia de este informe constituye un dato o elemento objetivo (STC 92/09) vinculado a las funciones propias del cargo de la actora. Estamos ante dos opiniones, ambas fundadas en derecho, una sostenida por la Jefatura de la Asesoría Jurídica, contraria a la convocatoria del Pleno de fachadas por las razones que se exponen en el informe reseñado y otra, la sostenida por la recurrente, según la cual la convocatoria automática del Pleno resultaba ineludible. Este Juzgador en la sentencia de 29-1-14 dictada en el procedimiento de derechos fundamentales número 223/13 entendió que la interpretación correcta era la que obligaba a la convocatoria y celebración de dicho Pleno (en definitiva la tesis mantenida por la actora), cuya decisión es susceptible de ser revisada en apelación. Pero ello no obsta, y así lo demuestra la práctica diaria de los Tribunales, a que puedan mantenerse opiniones jurídicas fundamentadas contrarias sobre la interpretación de las normas jurídicas, interpretación que en muchas ocasiones presenta una gran complejidad ante la

conurrencia de normas y principios jurídicos que han de tomarse en consideración para decidir una cuestión litigiosa.

Bajo esta perspectiva entendemos que la decisión de cese sí se sustenta en una pérdida de la confianza profesional depositada en la recurrente derivada, insistimos, de un hecho objetivo cual es el mantenimiento de una posición jurídica contraria a la sostenida por la Jefatura de la Asesoría Jurídica municipal en el tema del Pleno de fachadas. Tal cese, cuando la motivación de la actuación administrativa no es ilícita, constituye para el funcionario nombrado por el sistema de libre designación una de las cargas que comporta dicho procedimiento de provisión.

Por tanto ha de concluirse que la decisión de cese de la actora, no expresamente motivada en la resolución recurrida, pero implícita tal motivación en la pérdida de la confianza profesional que dicho cese conlleva, concretada tal pérdida de confianza en el asunto de la convocatoria del Pleno de fachadas, no incurre en desviación de poder.

En definitiva, el recurso ha de ser desestimado.

SEPTIMO: En materia de costas, de conformidad con lo establecido en el art. 139.1 de la LJCA no procede su imposición habida cuenta de la controversia jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña María José Iñarritu Rodríguez en nombre y representación de Doña María Dora Alonso Riesgo y del Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Secretaría General y Tesoreros de Administración Local contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 15-10-13 por resultar la misma conforme a derecho; sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de 15 días, para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha; doy fe.

