

Documentación Administrativa, número 10, junio de 2023
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 14-01-2023
Modificado: 12-06-2023
Aceptado: 13-06-2023
Publicado: 26-06-2023
ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11172>
Páginas: 103-118



Referencia: Rodríguez-Blanco, V. y Díez Machín, V. (2023). El abuso de la discrecionalidad en el empleo público de las Administraciones locales: una praxis negativa para una Administración moderna. *Documentación Administrativa*, (10), 103-118. <https://doi.org/10.24965/da.11172>

El abuso de la discrecionalidad en el empleo público de las Administraciones locales: una praxis negativa para una Administración moderna

The abuse of discretion in public employment of local administrations: a negative praxis for a modern administration

Rodríguez-Blanco, Victoria
Universidad Miguel Hernández (España – Spain)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8685-7520>
victoria.r@umh.es

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciada en Derecho por la Universidad de Alicante y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología por la UNED. Doctora en Ciencia Política y profesora de esta disciplina en la Universidad Miguel Hernández de Elche. Sus principales líneas de investigación refieren a las complejas relaciones entre la justicia y la política y la calidad democrática del sistema político.

Díez Machín, Vicente
Ayuntamiento de Elche – Universidad de Alicante (España – Spain)
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-3460-5769>
vdmachin@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia. Ha sido asesor jurídico del Ayuntamiento de Cox (Alicante). Técnico de Administración General del Ayuntamiento de Elche desde 1985, habiendo desempeñado tareas de defensa en juicio desde 1991-2019. Profesor asociado del área de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante desde 2003.

RESUMEN

El presente trabajo pretende ahondar en las perniciosas relaciones entre el abuso de la discrecionalidad política y la corrupción. Aunque se ha avanzado en el marco integral de lucha contra la corrupción y buen gobierno, todavía sigue habiendo espacios para el nepotismo, la politización de la administración y el uso excesivo de la libre designación en el ámbito del empleo público. Una administración ejemplar debe servir los intereses generales con objetividad, eficacia, transparencia y eficiencia. Ante ese reto, todavía resta mucho por hacer.

PALABRAS CLAVE

Discrecionalidad política; empleo público; buen gobierno; calidad institucional.

ABSTRACT

This paper aims to delve into the pernicious relationships between the abuse of political discretion and corruption. Although progress has been made in the comprehensive framework for the fight against corruption and good governance, there are still spaces for nepotism, the politicization of the administration and the excessive use of free appointment in the field of public employment. An exemplary administration must serve the general interests with objectivity, effectiveness, transparency and efficiency. Faced with this challenge, there is still much to be done.

KEYWORDS

Political discretion; public employment; good government; institutional quality.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL ESPAÑOLA. 1.1. PERSONAL FUNCIONARIO DE CARRERA Y EMPLEO PÚBLICO. 1.2. LA PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN EL TREBEP. 1.3. BREVE REFERENCIA A LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. 1.4. PECULIARIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL ESPAÑOLA. 2. LAS EXIGENCIAS DE UNA ADMINISTRACIÓN MODERNA. 2.1. LA TRANSPARENCIA PÚBLICA COMO REQUISITO DEL BUEN GOBIERNO. 3. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD. 3.1. LA ARBITRARIEDAD EN DERECHO PÚBLICO. 4. EL ABUSO DE LA DISCRECIONALIDAD POLÍTICA FAVORECE LA CORRUPCIÓN. 4.1. LA LIBRE DESIGNACIÓN EN LOS FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL. 5. LA CORRUPCIÓN AMINORA LA CALIDAD DEMOCRÁTICA. CONCLUSIONES. RECURSOS INTERNET. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La metodología utilizada en este trabajo ha sido el análisis doctrinal, marco teórico y estudio jurisprudencial aplicable al texto de referencia. Además, se ha analizado información empírica desde fuentes y organismos oficiales. Se hace un repaso a la regulación de la carrera administrativa en el ámbito local y se conecta con los requisitos del buen gobierno y la calidad democrática para concluir que una buena administración requiere de mayores restricciones en el uso de la libre designación en la Administración pública, especialmente en algunos puestos de control para que puedan actuar de forma preventiva evitando malas prácticas y posibiliten un funcionamiento más ejemplar de la Administración pública.

1. LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL ESPAÑOLA

La carrera administrativa, o carrera profesional, es un derecho de las personas empleadas públicas (especialmente del funcionariado de carrera) en todas las administraciones españolas. Puede definirse como el conjunto de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad propios del empleo público. Así reza el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante (TREBEP). Monereo Pérez et al. (2018) resaltan el papel de la formación del empleado público como derecho y elemento de la carrera administrativa, hasta el punto de que incluso el tiempo de formación puede considerarse tiempo de trabajo, justificando permisos y ayudas económicas. Así también Sánchez Morón (2016, p. 163) nos indica que en el sistema tradicional hubo «un derecho a la carrera administrativa del funcionario público», hoy relativizado por cuanto se dirá más adelante.

El sistema de concurrencia para acceder a los distintos puestos de trabajo, normalmente mediante cursos convocados con regularidad, también es pieza fundamental en la carrera profesional. Y ahora mismo, se está tramitando por la Comisión de Hacienda y Función Pública un proyecto de ley de Función Pública de la Administración General del Estado, que articula la evaluación del desempeño como otra técnica distinta, también individual, para conseguir fines similares¹.

¹ Así, su artículo 81 dice: «1. La evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual anualmente se valora la conducta profesional y se mide el rendimiento o el logro de resultados de las empleadas y empleados públicos, con la finalidad de mejorar

1.1. Personal funcionario de carrera y empleo público

El personal funcionario de carrera es aquel servidor público que, por haber superado en igualdad y concurrencia los requisitos legales de mérito y capacidad, desempeña sus funciones con permanencia e inamovilidad, aunque no resulten absolutas. El Diccionario panhispánico del español lo define como «funcionario público nombrado con carácter permanente, que tiene derecho a la inamovilidad en su condición, que solo pierde por jubilación, renuncia, pérdida de la nacionalidad, sanción disciplinaria de separación del servicio o inhabilitación absoluta o especial para cargo público en virtud de resolución judicial». El artículo 9 TREBEP también define la figura en esos términos. Siendo el funcionario de carrera la figura central histórica en derecho público continental (piénsese que en España Jueces y Magistrados, o personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado también lo son, aunque no se rijan únicamente por el TREBEP; y asimismo hay peculiaridades en personal público sanitario o educativo, etc...), el TREBEP también define otras clases de empleados: funcionariado interino, personal eventual, personal directivo profesional y, sobre todo, personal empleado público laboral que, en lo no previsto por el TREBEP, se rige por la legislación laboral (Estatuto de los Trabajadores, convenios colectivos de aplicación y el contrato individual de trabajo, propio de este personal). Eso, en el empleo público les distingue de los funcionarios, cuyo régimen es estatutario y se funda en una resolución administrativa unilateral, el nombramiento, distinta del contrato de trabajo, aunque el contrato de trabajo del empleado público laboral deba hacerse preceder de actos de selección que son actos separables y en su enjuiciamiento será competente la jurisdicción contenciosa.

La evolución reciente de la legislación sobre empleo público en España, más aún después de nuestra incorporación a la Unión Europea, que modula día a día el derecho nacional de los Estados miembros, diluye cada vez más la figura tradicional del funcionario de carrera. Hay Estados miembros de la Unión Europea donde a esta figura le faltan algunas de las características de nuestro régimen legal, como es el caso del Reino Unido, caso de Italia o de los Estados de más reciente incorporación, los que estuvieron mediado el siglo XX al otro lado del telón de acero, etc.

Haremos *excursus* histórico. Funcionarios y trabajadores fueron muy distintos en la Francia de los albores del siglo pasado. Y antes, en el siglo XIX, para el internacionalista Carlos Marx pertenecían a clases sociales enfrentadas, pues el trabajador en el marxismo clásico es proletariado, y el funcionario es persona asimilada a la burguesía.

Hoy el funcionariado y el personal empleado laboral, si están los dos al servicio de los intereses generales y se les retribuye con fondos del presupuesto público, son figuras que se acercan cada vez más en derechos y deberes.

1.2. La provisión de puestos de trabajo en el TREBEP

Todas las administraciones públicas en España deben aprobar y mantener actualizadas, para todas sus clases y tipos de personal, Relaciones de sus Puestos de Trabajo (RPT; artículo 74 TREBEP) que describen los puestos, uno a uno concretando sus características, su tipo, sus retribuciones complementarias y su forma de provisión, entre otros. Es un instrumento organizativo técnico complejo, creado por la Ley 30/84, de 2 de agosto, de medidas urgentes en materia de función pública, depurado pronto por la STC 99/1987 en lo que se refiere a puestos laborales; y perfilada por la posterior doctrina contencioso-administrativa del TS. A efectos de estas líneas, es muy interesante para lo que aquí compete, la STS de 17/2/1997 RCA 1352/1990, que contrapone el buen uso de una potestad discrecional como lo es la potestad de autoorganización, a la arbitrariedad que está «siempre prohibida».

En las RPT, a las que una posterior STS 5/2/2014 R. de casación 2986/2012 negó carácter de disposiciones administrativas de carácter general según constata Moreno Molina (2016); se concretan derechos individuales y de ejercicio colectivo de los empleados públicos que ocupan los puestos. Pero, primeramente, se ejerce la potestad de autoorganización de las administraciones que las aprueban, organizando sus es-

la productividad de las diferentes unidades y la calidad de los servicios públicos.» Los artículos siguientes del anteproyecto, abundan en ello, si bien la figura existe desde años atrás y hasta hoy se ha implementado en pocas ocasiones. Parece positivo que se ponga acento en el papel de la formación, y se avance en la regulación del teletrabajo, pero aún es pronto para examinar aquí todas las novedades del anteproyecto, pues nos queremos ceñir a normas en vigor en relación al abuso de discrecionalidad en el empleo público. Queda para el futuro ver la posición ordinamental de una Ley sobre la Función Pública de la AGE y cómo afecta, por modificación o derogación, al actual TREBEP.

pacios jerárquicamente inferiores previa negociación sindical (artículos 33, ss. y concordantes TREBEP,) lo que en la práctica se reduce a dar previa audiencia a las organizaciones sindicales más representativas. Se desglosan por centros y órganos en las administraciones más grandes, y en las Administraciones locales es frecuente, ya que casi siempre son de menor tamaño, que solo haya una RPT, si no es que como ocurre todavía en algunos pequeños municipios con los Planes Generales de Urbanismo, que sí tienen carácter reglamentario, están ausentes.

La RPT fue introducida en el derecho administrativo español por la Ley 30/1984, y obedece a la recepción en España del llamado «sistema de empleo» de origen anglosajón frente al escalafón nominal llamado «sistema de carrera» aún vigente en algún Estado miembro de la UE, y anteriormente inspirado en la tradición del derecho público continental europeo. La burocracia de origen germánico, también histórica, fue otro tema, aunque el principio jerárquico en que se basó permanezca presente siempre cuando hablamos de empleo público. La figura, la RPT, está en vigor hoy en el TREBEP. y este prescribe (vid. artículos 78 y concordantes) que la provisión de los puestos, que son los que la RPT debe relacionar, se hará mediante procedimiento de provisión (concurso con carácter general allí donde no esté prevista la libre designación), siempre con previa convocatoria pública en la que se respeten, para quienes pueden presentarse, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Concretaremos algo más. La RPT relaciona puestos y no personas. Debe especificar, para cada puesto, la forma de provisión del mismo. La adscripción de una persona a dicho puesto debe hacerse preceder de un procedimiento administrativo de provisión.

Los artículos 78 y ss. del TREBEP prescriben siempre convocatoria pública para los candidatos que, por reunir los requisitos de admisión, titulación, grupo retributivo, forma en la que accedieron al empleo público, etc. puedan presentarse. Si el tipo de puesto es «no singularizado» (NS) que es el caso del mayor número de ellos, el procedimiento de provisión normal será el concurso. Si el puesto es singularizado (S) cabe la libre designación. En ambos casos, concurso o libre designación, ha de hacerse preceder, insistimos, de convocatoria pública, porque igualdad, mérito y capacidad son principios que, al ser constitucionales (artículos 103.3 y 23.2 CE), penetran toda la regulación del empleo público.

Bien se trate de concurso o de libre designación, es imprescindible la convocatoria pública, con la información necesaria sin omitir nada; en segundo lugar, procedimiento administrativo escrito; en tercer lugar, órgano de selección; «tribunales» o comisiones de valoración que puntúen mérito o capacidad de los candidatos y finalmente resolución de adscripción a un candidato. Esto último, en el caso de concurso será el más valorado por la Comisión (discrecionalidad técnica), y que en el caso de libre designación podría resultar no serlo, a libre apreciación del órgano unipersonal que haya nombrado a la Comisión, si bien la adscripción, que en este último caso será discrecional, tendrá que resultar conforme a derecho según los parámetros aplicables a la discrecionalidad administrativa pura. Por supuesto que si nadie recurre ante los tribunales no pasará nada. No es exclusivo de los Ayuntamientos, pero, si el municipio es pequeño, las posibilidades de recursos factibles a los tribunales se reducen.

1.3. Breve referencia a la temporalidad en el empleo público

La temporalidad en el empleo, y por tanto al empleo público, ha sido regulada por la Unión Europea, quien no se detiene ante legislaciones dispares de los Estados miembros. Así las cosas, el derecho europeo ha reaccionado frente al exceso de temporalidad. La Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la Confederación europea de sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública, (CEEP) sobre el contrato de duración determinada es el principal instrumento jurídico para ello. En dicha normativa las instituciones europeas se refieren a toda clase de empleo. El principio de «libre circulación de trabajadores» es inexorable. Europa quiere y construye un único mercado de trabajo europeo y paso a paso lo va logrando.

«El Acuerdo Marco destaca en su preámbulo la preeminencia de la contratación indefinida como “forma más común de relación laboral” y persigue dos grandes objetivos: por una parte, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación y, por otra, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. (...)».

Así dice y se puede ver en el amplio preámbulo de la Ley española 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE de 29 de diciembre).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), comparte la postura, defendida por España, de que no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En síntesis, la doctrina que ha fijado el TJUE en esta materia dispone, que las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin tal y como expresa la reciente Ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, inspirada en (y promulgada para) hacer cumplir las directivas europeas².

1.4. Peculiaridades de la Administración local española

Si bien el municipalismo en Europa se pierde en la noche de los tiempos, de hecho, el municipio es más antiguo que el Estado (Sánchez Morón, 2018, p. 148) y así lo manifiesta también la literatura de los siglos XVI y XVII. Nuestra Constitución configuró en 1978 un Estado fuertemente descentralizado. Ciertamente las Administraciones locales en España, especialmente los municipios, son, muy numerosas (más de ocho mil) y variadas en extremo; pues reúnen desde los que están en grandes conurbaciones y capitales, pasando por los turísticos de la costa, hasta los pequeños municipios de montaña y/o «España vaciada». Entidades todas ellas muy distintas en población, y por tanto en presupuesto. Y también en cultura, realidad física y costumbres de sus habitantes.

La financiación de los Entes Locales es diversa, todos tienen lo que se llama «autonomía financiera» unida a su autonomía local, y con cargo a su financiación es como cada entidad ha de retribuir a sus empleados, que son empleados públicos porque cada Diputación Provincial, Municipio, Comarca o Isla es una Administración territorial diferente de la contigua. Los Entes Locales, si sobrepasan en población los cien vecinos (el caso del «Concejo abierto» es especial) se gobiernan a través de elecciones locales por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto regulado por la LOREG (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General), y así aparece la pluralidad política con todas sus consecuencias. La legislación local establece escalas y subescalas de funcionarios no siempre coincidentes con la clasificación profesional de los empleados de administraciones territoriales superiores como la AGE o las administraciones autonómicas; por lo general más grandes, obviamente menos numerosas, mejor financiadas, y más homogéneas entre sí.

Frente a tal diversidad, el ordenamiento jurídico español, entre los siglos XIX y XX, estableció para todo el territorio nacional funcionarios técnicos: los Secretarios de Ayuntamiento, y en los municipios más grandes, los Interventores de Fondos, y en los más grandes aún, los Depositarios, luego Tesoreros. En la actualidad estos funcionarios públicos se denominan «Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional», regidos por normas estatales (RD 128/2018, del Gobierno) con colaboración de normas autonómicas, normativa que es aplicada mediante resoluciones supralocales y finalmente, decisiones que al respecto adopte cada una de las entidades locales.

En resumen, muchos son los males que aquejan a las Administraciones locales en la gestión de su personal y algunos son comunes con los de las restantes Administraciones. Canales (2002, como se cita en Fuentes Santamaría, 2022) ya señaló hace años que en nuestro país las políticas públicas de personal no son tal. Son decisiones políticas sobre materias de personal o una mera gestión cotidiana de los problemas de personal. Tendríamos por tanto no verdaderas políticas, sino un agregado de decisiones, lo que indefectiblemente nos conduce a los problemas de la politización, que cuando se desciende a lo local, es aún mayor. Ya en este terreno, el Consejo de Europa a través del GRECO: «Grupo de Estados contra la Corrupción», ha señalado en alguna ocasión falta de transparencia en las Administraciones locales españolas. Materias como el urbanismo y contratación pública son las más vulnerables a conflictos de intereses y redes clientelares que han generado multitud de casos de corrupción en periodos muy recientes. Las Administraciones necesitan de empleados públicos cualificados e imparciales.

² Hay que señalar que el proyecto de ley de función pública 2022 no llega a suprimir del todo la temporalidad al permitir la creación de unidades flexibles para atender a proyectos o necesidades sobrevenidas (artículo 27 del proyecto).

En este contexto, no debe resultar extraño que en lo relativo a funcionarios locales de España, persistan costumbres *contra legem* como la que en alguna sentencia (por todas, S/TSJCV 586/2913, de 16 de julio; sobre hechos del Ayuntamiento de Alicante) se ha venido a llamar «sistema de adscripciones provisionales» que en lo fundamental consiste en, haciendo de lo excepcional lo ordinario y de lo ordinario lo excepcional, no convocar regularmente procesos de provisión de puestos en municipios medianos o grandes sin que casi nadie objete lo más mínimo. Por supuesto, muchos casos hay de entes locales que funcionan normalmente, servidos por personas eficientes y ejemplares (casi siempre alcaldes, concejales y empleados de los más pequeños municipios en España), pero nada de lo que ha dicho el GRECO sobre lo que se indicará más adelante, es ajeno a la problemática del empleo público local.

2. LAS EXIGENCIAS DE UNA ADMINISTRACIÓN MODERNA

Si bien, existe extensa y relevante doctrina acerca de la modernización de la Administración desde el ámbito de la Ciencia de la Administración y del Derecho Público, queremos referirnos aquí, únicamente a las exigencias que debe ofrecer la Administración en su entronque con la transparencia y buen gobierno. La Administración moderna debe ser eficaz, eficiente, debe adaptarse a los nuevos entornos sociales y a la innovación tecnológica que aporta la inteligencia artificial, pero sin olvidar que es la ciudadanía el fin último de la acción pública. «Debe situar en el centro a la persona y sus derechos fundamentales» (Rodríguez-Arana, 2013, p. 29). Debe actuar de modo leal y ajeno a un uso selectivo o exclusivo de sectores o amigos. La Administración moderna debe ser instrumento para la satisfacción del interés general.

La eficiencia institucional requiere de una Administración pública ágil y profesional que vele por los intereses generales y no por los intereses electorales de los partidos políticos que dirigen la administración en cada momento. La Administración pública requiere de directivos profesionales, al margen de los tentáculos políticos. «La Administración no es una entidad abstracta, la integran personas tan reales como los ciudadanos a los que sirve y la centralidad de la persona es la primera y principal característica de una buena Administración» (Rodríguez-Arana, 2013, p. 28).

El derecho a la buena Administración ha evolucionado de principio rector a derecho fundamental en el ámbito de la UE (artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Se asocia al buen gobierno o gobernanza (Guillem, 2011, p. 71). Se dice que la buena Administración debe ser horizontal, e inclusiva, donde la ciudadanía sea partícipe en el proceso de elaboración de las políticas públicas, donde existan relaciones participativas entre agentes públicos y sociedad civil. La buena administración, por tanto, es la que se guía por los principios de apertura, participación, transparencia y rendición de cuentas. Para Pinazo (2007, p. 62):

«el principio de buena Administración supone el conjunto de reglas que rigen la gestión de las instituciones públicas y que imponen a éstas últimas un comportamiento que permita alcanzar un equilibrio entre el respeto de los derechos de los administrados y la preservación de buen funcionamiento del sistema de Administración Pública».

La Administración moderna se rige por la cultura del gobierno abierto que ha sido definido por el Consejo de la OCDE como una cultura de gobernanza que promueve los principios de transparencia, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas.

No obstante, lo que se ha avanzado, la Administración todavía tiene muchos aspectos que mejorar³. Sostienen (Boix y Soriano, 2021, p. 55) que «los sistemas de selección de personal empleado público de que disponemos en la actualidad, sencillamente, no parecen correctamente diseñados para seleccionar a los mejores candidatos y candidatas para el desempeño de las funciones públicas».

En materia jurisdiccional, por ejemplo, tampoco existe satisfacción de la ciudadanía cuando se recurre a la Administración, por las prerrogativas de éstas, porque es caro, porque es difícil que los asuntos prosperen para la persona litigante (Soriano, 2014, p. 2764). Los juicios se demoran, porque la Administración cuenta con abogados suficientes para «pleitear», porque paga el Estado, porque el Juez no suele revocar con mucha frecuencia el acto administrativo recurrido, etc. Se debe todavía mejorar la calidad de la relación del ciudadano con la Administración que sigue ostentando muchos privilegios y sigue teniendo reconocidas mu-

³ Según el CIS, más del 65 % de la ciudadanía se siente insatisfecha con el funcionamiento de la Administración de Justicia.

chas ventajas. «Los actos se motivan muy genéricamente, cuando no en términos inaceptables» (Soriano, 2014, p. 2764). El ciudadano, por tanto, no siempre ve a la Administración como una organización a su servicio y que le asista. Más bien la percibe como un instrumento de poder del que conviene alejarse (Soriano, 2014, p. 2771). En este escenario, al margen de las normas que se están desarrollando y las recomendaciones que están haciendo a España, determinadas organizaciones internacionales, queda todavía mucho por hacer para que la Administración sirva con objetividad y fielmente los intereses generales de la ciudadanía.

2.1. La transparencia pública como requisito del buen gobierno

En el marco del buen gobierno, la transparencia se presenta como un elemento imprescindible mínimo, como un pre-requisito o dimensión esencial de aquel. La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política tal y como indica el preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Aunque no existe una definición de transparencia en la ley que lleva su nombre, podemos sostener siguiendo a Florini (1999, como se cita en Ros-Medina, 2022), que la transparencia es lo opuesto de secreto y secreto significa ocultar deliberadamente tus acciones, así la transparencia significa revelarlas deliberadamente. También la misma autora sostiene que es la divulgación de información relevante por parte de las instituciones, un criterio para poder evaluar a esas instituciones. Por tanto, existe un nexo ineludible entre la información que ofrece la Administración y la capacidad de la ciudadanía para valorar, y evaluar la acción de esa administración, o institución. La consideración del derecho de acceso a la información como derecho fundamental exigirá «una intensa motivación concreta de la restricción, eludiendo fórmulas estereotipadas o genéricas» (Cotino, 2014, p. 251)⁴. Ros-Medina (2022, p. 49) diferencia transparencia activa de pasiva. Así la transparencia activa puede ser considerada como la información que publica las Administraciones en su página web, mientras que la transparencia pasiva sería la información que éstas ofrecen como consecuencia de la solicitud de información que realiza la ciudadanía. Una es opcional para la administración, cuelga lo que «quiere colgar» o aquella información exigible por imperativo legal en su página o repositorio institucional, y la otra, la transparencia pasiva en este caso ya no es opcional, debiera ser respondida y facilitada sin ningún tipo de rubor a petición de la ciudadanía⁵.

La transparencia también evita y previene la corrupción. En este sentido se han venido adoptando en los últimos años un conjunto de medidas con la intención de luchar contra la corrupción y mejorar el desempeño de la acción pública. La Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, el Consejo de la transparencia y Buen Gobierno, la Ley 3/2015 de 30 de marzo que regula el ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, los Planes nacionales de Gobierno Abierto (el IV abarca el periodo 2020/2024), la creación de la oficina de conflicto de intereses, normativa autonómica y agencias antifraude en las Comunidades Autónomas han supuesto un avance importantísimo en la lucha contra la corrupción⁶.

Al cierre de este trabajo se ha publicado la Ley 2/2023 de 20 de febrero que incorpora la directiva de la UE 2019/1937 de 23 de octubre. La norma pretende la protección del denunciante y se presenta como un instrumento complementario en la lucha contra la corrupción. La finalidad de la Ley es la de proteger a las personas que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o

⁴ Para una visión crítica sobre un derecho constitucional a la transparencia puede verse Villaverde Menéndez (2019), quien señala que no existe un derecho constitucional de la transparencia aunque puede concebirse como valor constitucional y cuyo reconocimiento máximo estaría comprendido en el artículo 42 de la carta europea de los derechos fundamentales de la Unión Europea que establece el derecho de acceso a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión cualquiera que sea su soporte.

⁵ Recientemente solicité al portal de Transparencia información desglosada por provincias de las manifestaciones contra el COVID-19 que se produjeron en la Comunidad Valenciana durante un periodo concreto. Me la facilitaron en un documento pdf enseguida, pero advertí y así se lo dije que esa información no era exacta, me constaba fehacientemente que faltaban datos. Sin embargo, me volvieron a remitir el mismo documento. La Administración tenía instrumentos suficientes para haberme facilitado esa información por vía de requerimiento a las subdelegaciones del Gobierno que son las Administraciones que autorizan las manifestaciones. No ejercitaron fielmente su obligación de transparencia pasiva. Siempre tendré la duda de si ocultaron información deliberadamente. Esta experiencia fue objeto de comunicación en el VII Congreso Internacional de Transparencia celebrado en Cartagena en septiembre de 2022.

⁶ El IV Plan Nacional de Gobierno Abierto pretende seguir avanzando en cuatro bloques, la transparencia, la participación, la integridad y la sensibilización y formación con el propósito de cumplir 10 compromisos, entre ellos la reforma del marco regulatorio, un plan de refuerzo de transparencia y rendición de cuentas, sistemas preventivos de integridad pública y un observatorio sobre gobierno abierto como más destacables.

muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en la misma. Todas las entidades que integran el sector público estarán obligadas a disponer de un Sistema interno de información. Dicha obligación también afecta a sindicatos, organizaciones empresariales, partidos políticos y fundaciones que se nutran con fondos públicos.

Se ha comprobado que existe una relación inversamente proporcional y así, a mayor transparencia, menor corrupción. Aunque se ha avanzado mucho en el marco normativo, la regulación de instrumentos para mejorar la transparencia pública sigue siendo necesaria. Así el Grupo GRECO sigue llamando la atención en cada ronda de evaluación que realiza a nuestro país sobre recomendaciones incumplidas y no siempre implementadas.

En esta lucha contra la corrupción no hay que obviar tampoco la gran labor desempeñada por la ONG Transparencia Internacional que en España fue pionera en la elaboración de índices para medir la transparencia de las Administraciones públicas, y en su gran labor de concienciación sobre los males que genera la corrupción al sistema político. Su labor en la lucha contra la corrupción ha supuesto un aporte social susceptible de elogio. No obstante, todavía quedan rendijas abiertas que impiden la implementación de un servicio público totalmente neutro, que atienda con objetividad a los intereses generales y que sea completamente ajeno a las influencias políticas. De hecho, no se han resuelto todavía las conexiones entre los actores políticos y la administración en cuanto al uso y abuso de los nombramientos discrecionales en el ámbito de la administración. Jiménez Asensio (2022, p. 2) nos recrea las dificultades materiales de implantar una Administración pública profesional en «un sistema político administrativo asentado sobre bases del clientelismo político o del patronazgo».

3. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD

Se debe distinguir la discrecionalidad de la arbitrariedad. Y ellas, a su vez, de los conceptos jurídicos indeterminados. En la discrecionalidad caben varias soluciones justas. Cuando el concepto jurídico es indeterminado, han de determinarlo luego los tribunales y sólo hay una solución justa (STS 23 de octubre de 1987). En el caso de la arbitrariedad; ninguna solución es justa; se abordará más adelante. Sobre discrecionalidad como categoría se puede distinguir cierta la discrecionalidad política de la jurídica. La primera sería una discrecionalidad finalista, fuerte, no cuestionable ni sustituible. Frente a ella la discrecionalidad jurídica es la que usan siempre los jueces y tribunales cuando, al interpretar las normas, tienen que tomar decisiones para resolver los asuntos jurisdiccionales. La discrecionalidad jurídica es una discrecionalidad débil porque, al utilizarse, emplea criterios que están en el ordenamiento jurídico.

En Derecho, dejando aparte la discrecionalidad del juez al dictar una sentencia, la discrecionalidad administrativa, que es la que nos interesa, es una técnica jurídica similar, relativamente reciente en términos históricos (siglos XIX y siguientes). Cuando se trata de discrecionalidad administrativa se hace posible el posterior control por los Tribunales de la juridicidad de las resoluciones y actos administrativos cuando no hay una norma concreta habilitante que aplicar al caso en todos o en alguno de sus aspectos.

Un buen ejemplo de discrecionalidad administrativa lo ofrece la aplicación de las leyes sobre carreteras. Estas leyes, que son muy detalladas en casi todo lo que prescriben (dimensiones físicas, clase de carretera, materiales con los que está construida, etc.), no prevén ni pueden prever el concreto trazado de la carretera, pues ninguna ley de los parlamentos actuales llega al detalle de establecer sobre un plano el trazado y trayectoria de una carretera nueva para el futuro. Cuando la administración aprueba el proyecto de una carretera concreta, que es el que contiene su trazado, hay al menos un aspecto en el que no se atiene a una ley previa, ya que ésta no le dice ni le puede decir por dónde ha de transcurrir la carretera. Y así tenemos que el aspecto: «¿por dónde ha de transcurrir?» resulta de apreciación discrecional. En este caso sería discrecionalidad técnica, pues la apreciación de la administración depende de los criterios técnicos de los autores del proyecto, normalmente titulados en ingeniería.

Por sí misma, en Derecho, la discrecionalidad del poder administrativo (como la judicial, que permite variar la jurisprudencia) no es un desvalor, antes, al contrario, pues bien, empleada permite políticas públicas plurales de poderes legítimos cuando aún no se dispone de normas que regulen el caso (vale aquí citar, por ejemplo, el uso de la informática y las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y otros temas similares por las novedades que aportan). Dependerá, pues, de cómo se aplique la discrecionalidad administrativa. Se puede aplicar bien o mal; así, por ejemplo, se aplica mal, desbordando el Derecho, cuando el poder público al usarla se aparta del interés público, de las normas sobre competencia y procedimiento,

de los principios generales del Derecho, de los derechos fundamentales de la Constitución y Tratados, o de los hechos determinantes presupuesto del caso.

Imaginemos el supuesto extremo de que el proyecto de una nueva carretera tenga un fuerte desvío, una curva pronunciada, la necesaria para evitar que a la finca de la que es propietaria una autoridad con interés e intervención en el asunto le afecte el nuevo trazado. El desvío de suyo implica mayor coste de la carretera si bien liberará a esa autoridad de que le expropien terreno. Si hay delito o deber de abstención (parece evidente), aprobar ese trazado, sin duda, es discrecionalidad contra el Derecho, pues, aunque las leyes de carreteras nada digan sobre el trazado, es evidente que su aprobación es contraria a los intereses públicos.

Conviene recordar que cuando la Administración Pública omite su obligación de motivar, de explicar el porqué de su criterio discrecional, está rayando en estos límites de la discrecionalidad y esto nos debiera hacer reflexionar sobre el silencio, la inactividad y otros tipos de omisiones administrativas, siempre perniciosas, porque tras esas omisiones pueden esconderse actuaciones antijurídicas (Sánchez Morón, 2021). De elaboración jurisprudencial, la «discrecionalidad administrativa» mal empleada, está históricamente unida a la «desviación de poder».

El abuso de derecho, *inter privatos* (Código Civil, artículo 7.2), existe esencialmente cuando alguien que tiene un derecho subjetivo abusa de él para lograr ventajas o consecuencias no queridas por la ley. Cercanas están las figuras del fraude de ley o el ejercicio antisocial del propio derecho. Cabe emparentar el abuso de Derecho, en el ámbito privado, con lo que sería «abuso de discrecionalidad» en el ámbito público, pues si los poderes públicos abusan de sus prerrogativas legales por la vía de aplicar mal su discrecionalidad, pueden desvirtuar los fines queridos por las leyes que los regulan, que son precisamente las que a ellos mismos les conceden dichas prerrogativas. El paralelismo entre estos dos conceptos, *mutatis mutandi*, nos parece evidente, y por eso se quiere exponer. Se nos dirá que el «abuso de discrecionalidad» puede subsumirse en alguno de los supuestos anteriores de mal empleo de la misma y es cierto. Pero enlazar abuso de derecho y discrecionalidad administrativa tiene la ventaja de describir muy gráficamente actuaciones excesivas. Conceptos del derecho civil, más antiguo, nutren siempre el derecho administrativo, como por ejemplo cuando se habla de buena fe administrativa, coincidente con el principio de confianza legítima al que se refieren leyes administrativas más recientes.

3.1. La arbitrariedad en Derecho público

Sobre el Estado de Derecho (artículo 1), la Constitución Española de 1978 plasma en el artículo 9.3, junto a otros principios constitucionalizados, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Y esto es así, como sostiene Agudo Zamora et al. (2011) porque simplemente estamos ante la subordinación del poder al Derecho. La arbitrariedad, lo arbitrario, resulta ser negación del Derecho porque es negación de la razón. Se trata de uno de los más importantes, si no el principal, de los desvalores jurídicos, y así nos lo dice el TS en numerosas sentencias⁷. La Real Academia de la Lengua Española, define el adjetivo «arbitrario/a» como «sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón». De modo que por interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos debemos entender prohibición de que los poderes públicos actúen conforme a la mera voluntad, al mero arbitrio, de sus titulares, sin ajustarse a normas.

El acto arbitrario en España contiene elementos del tipo penal «prevaricación administrativa» (artículo 404 Código Penal), si concurre en la conducta de persona que es autoridad administrativa o funcionario y conlleva responsabilidad penal. En el Estado Social y Democrático de Derecho rige el imperio de la ley, norma escrita, general, incondicionada, de vigencia indefinida en el tiempo y solemnemente promulgada, a la que están sujetos todos los poderes del Estado. La actuación huérfana de todo fundamento jurídico es propia del despropósito o simplemente del despotismo. Esto es así porque el Derecho y la ley nunca pueden ir contra la razón, como sienta un vetusto apotegma por lo menos desde las antiguas culturas clásicas de Grecia y Roma.

Desde el siglo XX estamos construyendo en Europa un espacio plurinacional común donde no puede tener acogida ningún género de arbitrariedad porque ese espacio común es jurídico. El Consejo de Europa, la Unión Europea y sus más altos Tribunales, el TEDH y el TJUE, no se amilanan en esa construcción, aún inacabada.

⁷ Por todas, señalamos algunas de las más importantes: SSTS 22 de noviembre de 2006, ponente Maurandi Guillén; 14 de julio de 2003, ponente Fernández Montalvo; 27 de noviembre de 2006, ponente Enríquez Sancho; 20 de noviembre de 2013, ponente Fernández Valverde.

Por todos, aquí en España en nuestro tiempo, valen los numerosos pronunciamientos sobre la interdicción de la arbitrariedad del TC español. Según doctrina de este tribunal, «la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda justificación» «(...) sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles (...) y de todas sus eventuales consecuencias» (STC 74/2022, de 14 de junio, FJ 3, y las concordantes en ella citadas 196/2011, de 13 de diciembre, FJ 13, y 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 6). Es importante la relación que, en los anteriores textos jurisprudenciales, se establece entre la arbitrariedad y la discriminación, pues ésta también es un fuerte desvalor constitucional si tenemos en cuenta el principio-derecho de igualdad del artículo 14 CE, aún, sabiendo que no toda desigualdad es discriminatoria: STC 93/1984, de 16 de octubre FJ 3. Todo ello tiene relación también con el derecho fundamental del 23.2 CE «a acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las leyes».

En el ámbito jurídico administrativo, es inevitable citar resoluciones judiciales como la STS de 20 de noviembre de 2013 de la Sala Tercera, sobre control jurisdiccional de indulto penal en el ámbito contencioso-administrativo, donde se habla de la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad por falta de motivación del indulto examinado. O, volviendo a las funciones públicas, ya en el ámbito local, la sentencia que examinó y anuló, en la década de los 90, la actuación del alcalde de Marbella, a la sazón Jesús Gil y Gil, decretando «vacaciones forzosas» del Secretario del Ayuntamiento (no en vano el DRAE define «alcaldada» como «acción *arbitraria* o desconsiderada que ejecuta un alcalde o cualquier persona que abusa de su autoridad»). Otras sentencias, del ámbito penal, han condenado penalmente a autoridades locales que se han hecho acreedoras de ello.

4. EL ABUSO DE LA DISCRECIONALIDAD POLÍTICA FAVORECE LA CORRUPCIÓN

El principio del mérito y la capacidad es una garantía constitucional / legal para los ciudadanos que quieren acceder a la función pública (Jiménez, 2022, p. 24). La buena Administración Pública tiene mucho que ver con la adecuada preparación de las personas que dirigen los organismos públicos (Rodríguez-Arana, 2013, p. 25). El artículo 80 de la ley del Estatuto del Empleado público establece que la libre designación 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.

La Administración cuando se sirve del mecanismo de la libre designación corre el riesgo de politizarla, quebrando así el principio de igualdad de la ciudadanía, previsto en la Constitución. Rodríguez-Arana (2014) ha señalado como un principio esencial de la ética pública que los procesos selectivos para la carrera administrativa deben basarse en el mérito y la capacidad. Además, es relevante que exista una identificación del empleado público con los fines de la organización. Que no sea un mero desempeño de un trabajo. La vocación y la simbiosis con el interés colectivo debe ser un principio esencial. Sostienen Ramió y Alsina (2016, p. 49) que un directivo profesional que ocupa un puesto de libre designación «tiene siempre la amenaza del cese y esto acaba generando incentivos relacionados con la acomodación a las preferencias del directivo político y con la evitación de los problemas críticos de la organización». Igualdad, mérito y capacidad se han señalado por tanto como principios fundamentales en el acceso a la función pública de «una Administración pública contemporánea de un estado moderno» (Rastrollo Suárez, 2016, p. 1).

Sin embargo, no siempre operan estos principios y en algunas ocasiones se ha valorado como mérito la «docilidad» de un candidato predeterminado antes que otras virtudes. Resulta paradójico el caso de un empleado de un ayuntamiento andaluz que fue cesado porque denunció algunos casos de corrupción. El TSJ de Andalucía tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en su Resolución 857/2019 expresando en su fundamento jurídico sexto:

«...pero los políticos muchas veces se rigen por criterios de oportunidad que marcan las directrices o decisiones a adoptar y que deben ser ejecutadas por los funcionarios que ocupan los puestos de alta dirección. Por ello se reservan en las RPT respectivas al sistema de libre designación que permite la discrecionalidad tanto para el nombramiento como para su cese y donde además de los méritos profesionales se valora la idoneidad o capacidad de docilidad y afinidad con el órgano convocante o cesante.»

En el caso concreto, el apelante tenía dudas de que hubiera sido cesado por denunciar algunos casos de corrupción en algunos ayuntamientos de esa Comunidad Autónoma. Lo que debiera haber sido una acti-

tud digna de elogio le supuso un perjuicio al ser cesado por pérdida de confianza. Este tipo de resoluciones no ayuda a prevenir la corrupción pues, si la legislación lo permite, los políticos, usarán la medida legal y los tribunales se verán obligados a priorizar la docilidad y relación de sumisión frente al heroísmo en la lucha contra la corrupción. Ello no redundará en una función pública ejemplar.

La objetividad presume racionalidad, precedente administrativo y coherencia, pero ningún partido político ha mostrado verdadero interés en profesionalizar el escalón directivo de las Administraciones públicas como sí ocurre en otras democracias avanzadas (Jiménez Asensio, 2022, p. 166). De la memoria referida al año 2021 de la Agencia Antifraude de la Comunidad Valenciana se desprende que el mayor grueso de denuncias se refiere a la gestión de los recursos humanos, (un 45 % del total de las denuncias presentadas) y de ellas el 21 % refieren a los procedimientos de selección. La Administración local recibe el 67,13 % de las denuncias⁸.

La provisión de puestos a través del procedimiento de libre designación debiera ser excepcional porque así lo establece el Estatuto del Empleado Público y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Aliaga, 2020, p. 25), sin embargo, su uso desborda el carácter excepcional. Como ha señalado entre otras la Sentencia TS 31/7/2012 no basta que el puesto esté previsto en la Relación de Puestos de Trabajo, sino que esté motivado suficientemente que dichos puestos no pueden ser cubiertos a través de procedimientos ordinarios de provisión, de forma ordinaria. El ejercicio de la discrecionalidad requiere de una motivación visible y suficiente. El sistema de libre designación alberga multitud de casos de nepotismo, corrupción y clientelismo (Aliaga, 2020, p. 37). La libre designación sigue existiendo en el proyecto de ley de la función pública de la Administración del Estado⁹.

La libre designación entraña potestades discrecionales. La cualidad discrecional se puede definir en oposición al acto reglado (Navarro, 2014, p. 201). No obstante, la discrecionalidad no es ajena al principio de legalidad y cuando se aparta de ella, decae en arbitrariedad. El artículo 9.3 de nuestro texto constitucional impide la arbitrariedad, por tanto, la discrecionalidad debe ser ejercida dentro del ámbito legal. Ajustada y limitada.

La jurisprudencia comunitaria considera que la motivación del acto administrativo cumple una doble finalidad, permitir los derechos de defensa del ciudadano a conocer los motivos que hay detrás de la actuación administrativa, así como también posibilitar el posterior control judicial por los tribunales (Guillem, 2011, p. 98).

4.1. La libre designación en los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional

Pese a todo el recorrido legal e instrumental en el marco de lucha contra la corrupción, persisten las dudas sobre si de verdad la élite política que dirige la Administración quiere renunciar al uso de la elección libre entre diversos candidatos que van a desempeñar puestos de trabajo que son claves en la jerarquía administrativa. Así, llama la atención que recientemente la última regulación sobre funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional se haya mantenido la libre designación para el cuerpo de estos empleados públicos. Los antecedentes del uso de la libre designación en la función pública para personal diferenciado del eventual, de estricta confianza política se encuentra en la Ley 31/1991 y Ley 10/93. Después vendría consagrada por la Sentencia del TC 235/2000 de 5 de octubre y ha seguido regulada en el Estatuto del Empleado Público. Ahora de forma específica también se contempla en los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

El artículo 1 del Real Decreto 128/ 2018 de 16 de marzo establece que el objeto de la norma es el desarrollo del régimen jurídico de este tipo de funcionarios, la delimitación de sus funciones, la estructura y acceso y señala que la forma de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional será mediante concurso o «sistema excepcional de libre designación». Por tanto, la libre designación se prevé en inicio como un modo excepcional de provisión. El artículo 27 del citado Decreto desarrolla el sistema de provisión y establece en su apartado a) que los puestos de

⁸ <https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2022/03/MEMORIA-DActivitat-2021-VAL.pdf> (p. 141). La Agencia Antifraude fue creada por Ley 11/2016 de 28 de noviembre de la Generalitat Valenciana. Su fin último es ser instrumento de «prevención y lucha contra el fraude y la corrupción en aras al fortalecimiento de la actuación de las instituciones públicas valencianas».

⁹ La libre designación sigue existiendo como forma de provisión en el proyecto. Tiene carácter discrecional, aunque debe estar motivado y se prevé una duración mínima de dos años como funcionario de carrera en el cuerpo en el que participa. También cabe la libre designación en la carrera profesional denominada vertical (artículo 88: «La adjudicación de un puesto por libre designación en la carrera vertical tendrá carácter definitivo»).

trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional se proveerán por concurso de méritos, que será el sistema normal de provisión y en su apartado b) se añade que excepcionalmente, los puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, podrán cubrirse por el sistema de libre designación entre funcionarios de la subescala y categoría correspondiente en los siguientes supuestos previstos en el artículo 92 bis de la Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local:

- 1.º «En los municipios incluidos en el ámbito subjetivo definido en los artículos 111 y 135 del texto refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo».
- 2.º En las Diputaciones Provinciales, Áreas Metropolitanas, Cabildos y Consejos insulares.
- 3.º En las Ciudades de Ceuta y Melilla.

Por tanto, la extensión de la libre designación hace irreconocible el carácter excepcional de su aplicación. Ya que, por remisión a dicho texto refundido, los municipios incluidos en el ámbito subjetivo de artículo 111 comprenden aquellos que sean capitales de provincia o de Comunidad Autónoma y a los municipios que tengan una población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes. Así, por ejemplo, en la Comunidad Valenciana, pueden ser provistos mediante libre designación además de las tres Diputaciones Provinciales, los ayuntamientos de Alicante, Elche, Orihuela, Torrevieja, Castellón, Valencia, Gandía y Torrente. Son los Secretarios municipales, los Interventores y Tesoreros los funcionarios públicos encargados del control económico, el control legal de la actividad municipal, quienes ostentan la competencia de mayor vigilancia en las decisiones públicas municipales.

En un contexto normativo de medidas e instrumentos preventivos para atajar un mal que ha dañado la imagen de la clase política, ha generado desafección y ha vaciado arcas públicas, hubiera sido conveniente eliminar la libre designación para el ejercicio de estas funciones. Llama la atención que en la exposición de motivos del Real Decreto 128/2018 de 16 de marzo se hable específicamente de la necesidad de garantizar la eficacia de las funciones de control interno de las Entidades Locales y, sin embargo, pese a la abundante doctrina reiterada y autorizada en contra del sistema de libre designación para el personal funcionario en general y el de los habilitados nacionales en particular, se siga admitiendo este sistema de provisión.

La libre designación es la principal arma en la politización de la carrera administrativa y una de las claves de la corrupción en la gestión pública, (Fondevila, 2013). La libre designación se basa en la confianza entre el que elige y el que es elegido, es un instrumento válido para ciertas relaciones de trabajo, pero no lo es para la Administración pública que sirve o debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución). Como señalan Villoria y Jiménez (2012, p. 2): «la corrupción en España se ha desarrollado ante todo en el nivel local de gobierno».

Los funcionarios con habilitación nacional son agentes públicos de prevención de la ilegalidad y de la corrupción, pero «la libre designación pone a prueba la lealtad a la legalidad y favorece presuntas ilegalidades» (Fuentes i Gasó, 2015, p. 24). Las funciones esenciales reservadas a estos funcionarios de asesoramiento, control económico-financiero y control de legalidad debieran por sí mismas ser objeto de provisión por concurso-oposición y ajenas a toda influencia política, siempre y cuando queramos conseguir una verdadera cultura de la transparencia y buen gobierno que evite la «politización de la administración» y se piense en reducir las posibilidades de la corrupción. Los mecanismos preventivos pueden limitar la discrecionalidad en el seno de la Administración y son necesarios para evitar malas prácticas y posibilitar un funcionamiento más eficaz de la Administración. La labor preventiva de estos empleados públicos es un excelente cortocircuito a posibles corruptelas en la Administración. Sería deseable una futura regulación que suprimiera la libre designación para la provisión de estos funcionarios, precisamente cuando la norma permite su uso en ayuntamientos que maneja importantes presupuestos y ejercen relevantes competencias especialmente en materias «susceptibles» a prácticas corruptas. Otra opción menos ambiciosa sería que el legislador acote los criterios y el modo de ejercicio de la libre designación en los supuestos que todavía perduran.

5. LA CORRUPCIÓN AMINORA LA CALIDAD DEMOCRÁTICA

Sostiene Pasquino (2000, p. 71) que «el grado de satisfacción de los ciudadanos frente a las respectivas instituciones democráticas constituye una medida cierta de calidad de esa democracia». Según el Informe del BBVA elaborado por Alcalá Agulló y Jiménez Sánchez (2018) que analiza diversos índices que afectan

a la calidad democrática de nuestro sistema institucional, se desprende que la corrupción tiene costes económicos directos, además de un impacto negativo sobre el esfuerzo, la innovación, la desincentivación a la inversión, o la ineficacia administrativa.

Aunque la preocupación por la corrupción desde la percepción ciudadana ha disminuido en los últimos barómetros del CIS, posiblemente porque la pandemia y la crisis del COVID-19 han priorizado la preocupación de los españoles, se siguen dando casos de corrupción precisamente ligados a las compras públicas de material sanitario durante las primeras situaciones de emergencia. En sentido inverso a la percepción de corrupción en la esfera pública se ha incrementado las reclamaciones y peticiones de información al Consejo de Transparencia.

Según los índices de Transparencia Internacional, del año 2021, España obtiene una puntuación de 61 sobre 100, quedando muy lejos de las posiciones de países como Dinamarca, Nueva Zelanda, Finlandia o Noruega que ocupan las mejores posiciones (85/88 sobre 100). Por tanto, existen retos por delante para mejorar nuestra calidad institucional¹⁰. La transparencia y buen gobierno no sólo se refiere al acceso a la información pública, sino que se trata de un conjunto de medidas necesarias para poner al ciudadano en el centro de la acción pública. La actividad pública se orienta hacia la ciudadanía y está sujeta al principio de responsabilidad y la rendición de cuentas¹¹. Por tanto, la cultura de la transparencia y buen gobierno debe impregnar y ser permeable a todo el entramado de la Administración. Se trata de una cultura de valores que debe regir en la Administración. «Es necesario exigir una cultura ética a los gestores públicos» (Molina y Mayor, 2018, p. 9). Sin embargo, el buen gobierno se compagina mal con la politización de la Administración. Desde hace años se viene produciendo una confusión o interrelación en el ámbito de la administración entre la carrera funcional y la carrera política. Esta relación es muy perjudicial para los valores que reclaman una calidad democrática como son la rendición de cuentas, la transparencia o la responsabilidad. La libre designación de los funcionarios es el modo que permite generar clientelismo y también confusión entre la carrera política y la función pública. Román (2010) aprecia tres formas de «politización» de las Administraciones públicas. Una, sería «estructural», aquellos cargos de confianza que llegan y cesan al mismo tiempo que cambian los gobiernos. Son gestores que «obtienen sus puestos gracias al favor clientelar y ejercen labores de comisariado político» (Muñoz Molina, 2014). Otra forma sería la «funcional», se trata del personal que realiza funciones de apoyo a la toma de decisiones, pero fuera de la jerarquía administrativa, en una posición horizontal. Por último, encontramos la politización de la «carrera profesional» cuando los criterios de mérito y capacidad no son los únicos requisitos suficientes para promocionar profesionalmente, sino que el puesto se ocupa en virtud de la confianza política.

La politización de la Administración anula la distinción entre Administración y gobierno y difumina las responsabilidades de ambas instituciones. «La separación entre ellas permite seguir defendiendo la neutralidad política de los funcionarios como uno de los principios organizadores de las modernas Administración Públicas» (Román, 2010, p. 855). Existe suficiente doctrina sobre la extendida práctica *Spoils System* de «nombrar amigos políticos» (Bodiguel, 2010, p. 725). Una vez que un partido político gana las elecciones y obtiene el gobierno, empieza a controlar, empresas públicas, organismos autónomos, y pasa a «ocupar» la Administración en todos sus niveles. La renovación y cese de los cargos de carácter político, ministerios, secretarías de Estado, Direcciones Generales, etc. «perjudica la neutralidad e instrumentalidad de la Administración» como sostiene Beltrán (2010, p. 1038).

También, los empleados públicos en la mayoría de las Administraciones desempeñan su función sin adscripciones definitivas, las relaciones de puestos de trabajo no se terminan de establecer y la ocupación de puestos de forma provisional o por asignación discrecional impiden, a los trabajadores que accedieron por oposición a la función pública, ejercer con toda potencialidad su puesto de trabajo. Se encuentran sujetos a jefes superiores que ejercen funciones políticas pero que en ocasiones desconocen el funcionamiento de la Administración. Se ven obligados a atender a superiores jerárquicos políticos que son los que dirigen la administración. Como sostiene Nieto (1992, p. 54) se ha sustituido la jerarquía «por técnicas funcionalmente jerárquicas, pero sin las garantías formales, jurídicas y constitucionales que ofrece la jerarquía». Se trata de uno de los efectos de la partidocracia entendida como «las distorsiones en el funcionamiento de los canales de mediación entre la sociedad y el sistema político y que afectan sobre todo al concepto de la representación y están marcados por la oligarquización y estatalización de los partidos políticos, así como por la corporativación de los intereses» (Dahl, Sartori y Vallespín, 1999, p. 4).

¹⁰ <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/index/esp>

¹¹ El artículo 4.d de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana expresa que la actividad pública se articula en torno a la ciudadanía, como eje y referencia de su estrategia.

Las Administraciones no son organizaciones políticas, sino entes diferenciados de los políticos que las dirigen en cada momento. Siempre se ha dicho que los gobiernos cambian, pero las Administraciones permanecen, aunque por el uso y abuso de los partidos políticos sobre ellas, cuando cambian los gobiernos también cambia la fisonomía de la Administración. La casuística nos ofrece muchos ejemplos de incumplimientos legales en las Administraciones públicas¹². Las conexiones entre los políticos y los altos cargos de la Administración siguen existiendo y eso disminuye la eficacia de los órganos que ejercen o deben ejercer la función de vigilancia. Como ha señalado Jiménez (2022) siguen sin establecerse prohibiciones o restricciones para prevenir actividades inadecuadas o el riesgo de nepotismo. Crespo González (2021, p. 20) señala así mismo como males de nuestra Administración la existencia de «una función pública cerrada en la entrada y en la salida, politizada y corporativizada».

Una función pública profesional es fundamental para el desarrollo de instituciones sólidas que generen confianza en los ciudadanos y favorezcan los procesos de consolidación democrática. En nuestro caso, la Oficina de conflictos de intereses no es gestionada al margen del gobierno, sino que depende del ministerio de Política Territorial y función pública, con lo que desaparece de facto la función de control al ser juez y parte.

El Grupo GRECO ha requerido en diversas ocasiones sobre la necesidad de una mayor independencia de los órganos de control respecto de las autoridades políticas que asumen la dirección de dichos órganos. En la última ronda de evaluación del Grupo GRECO de septiembre de 2021 se llama la atención al Reino de España porque de las 19 recomendaciones que se hizo en 2019 sólo había cumplido parcialmente 7 y no había cumplido 12 (GRECO, 2021). Le invita seriamente a adoptar las medidas oportunas para su cumplimiento antes de marzo del 2023. Las principales advertencias están relacionadas con reformar el régimen de asesores para que se sometan a los mismos requisitos de transparencia e integridad que los que se aplican a las altas funciones ejecutivas (Recomendación I). Destaca también el incumplimiento de la Recomendación V referente a dotar de mayor autonomía e independencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. En las áreas del sector público donde la meritocracia es mayor, las posibilidades de corrupción son menores (Villoria y Jiménez, 2012, p. 113). En los sistemas políticos donde existe una separación entre la carrera funcionarial y la carrera política hay menos corrupción, mayor efectividad y mayor rendición de cuentas. Todos estos elementos redundan en una mayor calidad democrática.

CONCLUSIONES

Las Administraciones locales en España, muy diversas y asistidas de autonomía local/financiera, en ocasiones pueden politizarse en exceso, abusando de la discrecionalidad que les concede la ley y aprovechando espacios de negociación y/o disfunciones de aplicación de normativas de empleo público pensadas para administraciones territorialmente superiores. Con ello se desnaturaliza la carrera administrativa de sus funcionarios y el ejercicio de sus tareas; con anómalas consecuencias para los servicios públicos de su competencia, que pueden redundar en perjuicio de sus vecinos.

Alcanzar el *desideratum* de objetividad en el servicio de los intereses públicos como nos reclama el artículo 103.1 CE es difícil. Si en esas actuaciones, las entidades locales caen en arbitrariedad, aparece lo antijurídico, y cuando los principales bienes jurídicos se olvidan, lo único que queda para protegerlos es la reacción del Derecho Penal. La objetividad, y el interés general deben ser los ejes de actuación de la Administración pública.

Lo contrario, es decir, persistir en los vicios que se han señalado, produce daños de varios tipos. Ya se ha indicado que habrá daño a los intereses públicos que debe satisfacer las Administraciones. Otro importante mal sería la pérdida de motivación personal de los servidores públicos afectados por la consecuencia de la quiebra de la objetividad. Sería deseable de *lege ferenda* una futura norma europea unifique el estatuto del empleo público para los Estados miembros y que incorpore las recomendaciones del grupo GRECO en los aspectos aquí considerados.

¹² La plataforma DYNTRA <https://www.dyntra.org/que-es-dyntra/> especializada en la medición de la transparencia y el gobierno abierto de las administraciones públicas indica que muchas administraciones son reticentes a ofrecer información relevante y tienen bajos índices de transparencia. Así en muchos ayuntamientos siguen sin publicarse la RPT o cuando lo hacen, aparece la información diseminada, los enlaces rotos o directamente no aparece. Así por ejemplo de las tres diputaciones provinciales de la Comunidad Valenciana, sólo la de Castellón tiene publicada la RPT, las otras dos diputaciones no.

Aunque se ha avanzado mucho en el ámbito integral de lucha contra la corrupción todavía existen resistencias políticas a frenar las conexiones entre política y administración. Así la reciente regulación de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional sigue permitiendo la libre designación de estos funcionarios públicos. Las funciones tan relevantes de control económico y legal que le competen pueden ser inoperantes por docilidad y lealtad hacia quienes les nombraron. Una futura regulación debería suprimir esta forma de provisión o por lo menos el legislador debería acotar el modo de ejercicio para que la libre designación no se convierta en una puerta de entrada a la corrupción.

La excelencia institucional requiere de una Administración pública eficiente y profesional que vele por los intereses generales y no por los intereses electorales de los partidos políticos que dirigen la Administración en cada momento. La Administración pública debe contar con directivos profesionales, al margen de los intereses políticos donde los órganos de control no actúen simultáneamente como juez y parte.

RECURSOS INTERNET

Agencia Antifraude de la Comunitat Valenciana: <https://www.antifraucv.es/va/publicacions-avaf/>
DYNTRA: <https://www.dyntra.org/que-es-dyntra/>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudo Zamora, M., Álvarez-Ossorio Micheo, F., Cano Bueso, J., Gómez Corona, E., López Ulla, J. M., Martínez Ruano, P., Morales Arroyo, J. M., Naranjo de La Cruz, R., Pérez Sola, N., Porras Nadales, A., Rascón Ortega, J. L., Revenga Sánchez, M., Rodríguez, Á., Ruiz-Rico Ruiz, G. y Salazar Benítez, O. (2011). *Manual de Derecho Constitucional* (2.ª ed.). Tecnos.
- Alcalá Agulló, F. y Jiménez Sánchez, F. (2018). *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España* [Informes 2018. Economía y Sociedad]. Fundación BBVA. https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2018/10/DE-lvie-2016_costes-economicos-deficit-calidad-institucional.pdf
- Aliaga Rodríguez, R. (2020). La discrecionalidad en la provisión de puestos de trabajo mediante la libre designación. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, (19), 20-41. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvpg.19.2020.02>
- Beltrán Villalva, M. (2010). Las reformas de la Administración Española: una visión de conjunto. En M. Arenilla Sáez (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos* [Homenaje a Mariano Baena del Alcázar] (pp. 1025-1038). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Bodiguel, J. L. (2010). El control político de los altos funcionarios y su evolución en los países de la OCDE. En M. Arenilla Sáez (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos* [Homenaje a Mariano Baena del Alcázar] (pp. 721-740). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Boix Palop, A. y Soriano Aranz, A. (2021). Sobre las posibilidades de reforma del modelo de empleo público español: límites constitucionales y jurídicos al modelo actual y sus sistemas de acceso. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, (20), 52-73. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvpg.20.2021.03>
- Cotino Hueso, L. (2014). La nueva Ley de Transparencia y Acceso a la información. *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, (7), 241-256. <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/22075>
- Crespo González, J. (2021). ¿Debe la alta función pública parecerse a la sociedad? Algunas enseñanzas de la reforma de la alta función pública en Francia. *Documentación Administrativa*, (8), 9-24. <https://doi.org/10.24965/da.i8.11022>
- Dahl, R., Sartori, G. y Vallespín, F. (1999). El futuro de la democracia. *Claves de la Razón Práctica*, (97), 4-9.
- Fondevila Antolín, J. (2013). La reforma local y su regulación de la libre designación para las subescalas de Secretaría e Intervención-Tesorería: un paso más hacia la politización de la función pública. *El Consultor de los Ayuntamientos*, (19), 1821-1839.
- Fuentes i Gasó, J. R. (2015). La función de regeneración democrática local de los funcionarios de habilitación con carácter nacional. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (4), 9-40. <https://doi.org/10.24965/real.v0i4.10305>
- Fuentes Santamaría, A. (2022). *El carácter contingente de la Administración Municipal y su modernización* [tesis doctoral]. Universitat d'Alacant.
- GRECO (2021). *Quinta ronda de evaluación. Prevención de la corrupción y promoción de la integridad en gobiernos centrales (altas funciones ejecutivas) y las fuerzas y cuerpos de seguridad* [Informe de cumplimiento España]. Consejo de Europa. <https://rm.coe.int/quinta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-y-promocion-de-1680a5f3c2>
- Guillem Carrau, J. (2011). La buena administración en la UE tras el Tratado de Lisboa: ¿más por menos? *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, (25), 69-103. Disponible en: https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file_author/69-103_corts_25.pdf

- Jiménez Asensio, R. (2022). La dirección Pública en un estado clientelar de partidos. *La mirada institucional*. <https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2022/11/la-dp-en-el-estado-clientelar-de-partidos-final-1.pdf>
- Monereo Pérez, J. L. (dir.), Vila Tierno, F. (coord.), Almendros González, M. A., Fernández Avilés, J. A., López Insua, B., Moreno Brenes, P., Moreno Vida, M. N., Salas Porras, M. y Vida Fernández, R. (2018). *Curso de Derecho del empleo público*. Tecnos.
- Molina Molina, J. y Mayor Balsas, J. M. (2018). Gobierno abierto, Transparencia y ética pública. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, (8), 1-10. http://www.encuentros-multidisciplinares.org/revista-66/jose-molina_y_jose-manuel-mayor.pdf
- Moreno Molina, A. M. (2016). STS de 17 de febrero de 1997 (RCA 1352/1990) [Caso de las relaciones de puestos de trabajo]. En J. M. Bandrés y L. J. Parejo (coords.), *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa* (pp. 83-93). Iustel,
- Muñoz Molina, A. (2014, 5 de noviembre). La corrupción y el mérito. *El País*. https://elpais.com/elpais/2014/11/05/opinion/1415191412_644375.html
- Navarro, M. G. (2014). Discrecionalidad administrativa. *Eunomía: Revista en Cultura de la legalidad*, (3), 200-205. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2134>
- Nieto García, A. (1992). La jerarquía administrativa. *Documentación Administrativa*, (229), 11-64. <https://doi.org/10.24965/da.v0i229.5273>
- Pasquino, G. (2000). *La democracia exigente* [traducción de P. González Rodríguez]. Alianza.
- Pinazo Hernandis, J. (2007). *Neoinstitucionalismo estratégico y gobernabilidad*. Universidad de Alicante – Vicerrectorado de Investigación.
- Ramió Matas, C. y Alsina Burgués, V. (2016). Relación entre directivos políticos y directivos profesionales. Su impacto en términos de rendimiento institucional. *ICE: Información Comercial Española*, (891), 45-60. <https://revistasice.com/index.php/ICE/article/view/1864>
- Rastrollo Suárez, J. J. (2016). Sobre los límites a la discrecionalidad en las pruebas selectivas de la función pública; ¿han de ser precisos y detallados los temarios de oposición? *Revista Española de Derecho Administrativo*, (175), 339-366.
- Rodríguez-Arana, J. (2013). La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6(6), 23-56. <https://doi.org/10.25058/1794600x.60>
- Rodríguez-Arana, J. (2014). Caracterización constitucional de la ética pública (especial referencia al marco constitucional español). *Revista de Investigaciones Constitucionales*, 1(1), 67-80. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40248>
- Román Masedo, L. (2010). La politización de la Administración Pública. El concepto y su aplicación en el caso de la Administración General del Estado. En M. Arenilla Sáez (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos* [Homenaje a Mariano Baena del Alcázar] (pp. 837-859). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Ros-Medina, J. L. (2022). *La resistencia a la transparencia en España: el derecho de acceso* [tesis doctoral]. Universidad de Murcia. <http://hdl.handle.net/10201/126585>
- Sánchez Morón, M. (2016). *Derecho de la función pública* (9.ª ed.). Tecnos.
- Sánchez Morón, M. (2018). *Las Administraciones españolas*. Tecnos.
- Sánchez Morón, M. (2021). *Derecho Administrativo*. Tecnos.
- Soriano García, J. E. (2014). Administrado y Administración. Administración y administrado. Un abecedario incompleto de reformas administrativas para convertirle en ciudadano. *Revista Vasca de Administración Pública*, (99/100), 2759-2774. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.116>
- Villaverde Menéndez, I. (2019). El marco constitucional de la transparencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (116), 167-191. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.116.06>
- Villoria Mendieta, M. y Jiménez Sánchez, F. (2012). La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (138), 109-134. <https://doi.org/10.5477/cis/reis.138.109>