



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 23, abril de 2025  
 Sección: ARTÍCULOS  
 Recibido: 16-09-2024  
 Modificado: 02-01-2025  
 Aceptado: 14-01-2025  
 Publicación anticipada: 19-02-2025  
 Publicado: 29-04-2025  
 ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11444>  
 Páginas: 6-28

Referencia: Gil Franco, A. J. (2025). Consideraciones sobre el procedimiento administrativo de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 23, 6-28. <https://doi.org/10.24965/reala.11444>

## Consideraciones sobre el procedimiento administrativo de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario

### *Considerations on the administrative procedure for providing jobs for civil servants*

Gil Franco, Agustín Juan

Universidad Rey Juan Carlos. Departamento de Derecho Público I y Ciencia Política (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6967-1862>

[agustinjuan.gil@urjc.es](mailto:agustinjuan.gil@urjc.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho, profesor asociado de la Universidad Rey Juan Carlos y funcionario de carrera del subgrupo A1. Responsable de unidades de recursos humanos en diversas Administraciones públicas en el ámbito de universidades públicas y corporaciones locales. Entre otras líneas de investigación desarrolladas, hay que destacar las cuestiones relacionadas con la función pública española y los cuerpos de policía local.

#### RESUMEN

**Objetivos:** el artículo ofrece herramientas y una reflexión a gestores y responsables de estos procedimientos para que traduzcan en su labor ordinaria los principios jurisprudenciales analizados y facilitar así la concurrencia competitiva y la seguridad jurídica de los participantes en los sistemas de provisión de puestos de trabajo, especialmente en los procedimientos de libre designación. **Metodología:** se realiza una exposición sistemática de la diversa normativa legal y reglamentaria sobre la materia y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, que se ha ido consolidando en torno al procedimiento administrativo y el fuerte protagonismo que se ha dado a los principios de subsanabilidad, proporcionalidad y antiformalista en relación con la participación de los interesados en los mismos. Se parte del procedimiento administrativo común y su incidencia en el procedimiento de provisión de puestos y si es posible hablar de un procedimiento administrativo especial. **Resultados:** a pesar del desarrollo jurisprudencial auspiciando del principio de subsanabilidad, los gestores siguen aplicando un rígido sistema de exclusiones del proceso muy frecuentemente tácitas sin conocimiento de los interesados. **Conclusiones:** son necesarias medidas legislativas y normativas que apliquen el principio de seguridad jurídica en los participantes en estos procedimientos, sobre todo en los que ofrecen una mayor flexibilidad en la evaluación a la Administración, como es el procedimiento de libre designación, porque se incardinan en los principios del art. 23.2 CE.

#### PALABRAS CLAVE

Función pública; funcionario de carrera; provisión de puestos de trabajo; estatuto; carrera administrativa; concurso; libre designación; principio antiformalista; principio de subsanación.

#### ABSTRACT

**Objectives:** The article aims to offer tools and reflection to managers and those responsible for these procedures so that they translate the analyzed jurisprudential principles into their ordinary work and thus

facilitate competitive competition and legal security for participants in job provision systems. especially in free designation procedures. **Methodology:** A systematic presentation is made of the various legal and regulatory norms on the subject and the jurisprudence of both the Supreme Court and the Constitutional Court that has been consolidated around the administrative procedure and the strong prominence that has been given to the principles of rectifiable, proportionality and anti-formalist in relation to the participation of interested parties in them. It is based on the common administrative procedure and its impact on the position provision procedure and if it is possible to speak of a special administrative procedure. **Results:** Despite the jurisprudential development supporting the principle of remediation, managers continue to apply a rigid system of exclusions from the process that are often tacit without the knowledge of the interested parties. **Conclusions:** Legislative and regulatory measures are necessary that apply the principle of legal certainty to the participants in these procedures, especially those that offer greater flexibility in the evaluation to the Administration, such as the free designation procedure, because they are included in the principles of article 23.2 CE.

## KEYWORDS

Public function; civil servant; provisional affiliation; provision of jobs; statute; administrative career; contest; free designation; anti-formalist principle; principle of correction.

## SUMARIO

1. SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. 2. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DEL PERSONAL FUNCIONARIO. 2.1. EL REGLAMENTO, ELEMENTO DELIMITADOR DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. 3. SOBRE EL REAL DECRETO 364/1995, DE 10 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO GENERAL DE INGRESO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y PROMOCIÓN PROFESIONAL DE LOS FUNCIONARIOS CIVILES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. 3.1. BASES DE LAS CONVOCATORIAS DE PROVISIÓN, CAUCE DEL PROCEDIMIENTO. 3.2. PRECEPTOS PROCEDIMENTALES RESTANTES. 3.3. LA EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO «CONCRETIZADO»: EL «SUBPROCEDIMIENTO» DE LA TOMA DE POSESIÓN DEL PUESTO. 3.4. EL REAL DECRETO 1777/1994, DE 5 DE AGOSTO, DE ADECUACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN DE PERSONAL A LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. 4. LA SINGULAR REFERENCIA DE LA LEY 39/2015 A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CONCURRENCIA COMPETITIVA. 4.1. EL PRINCIPIO PRO ACTIONE Y DE SUBSANABILIDAD FRENTE AL FORMALISMO ENERVANTE. 4.2. LA EFECTIVA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSANABILIDAD Y SUS LÍMITES. 5. EL PRINCIPIO DE SUBSANABILIDAD Y PROCEDIMIENTO DE PROVISIÓN MEDIANTE LIBRE DESIGNACIÓN. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

No descubrimos nada nuevo cuando afirmamos que la Ley 39/2015, de 1 de octubre del del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es un elemento estructural e imprescindible para el funcionamiento de las Administraciones públicas y el pilar básico en las relaciones entre los ciudadanos y sus Administraciones. Nuestra Constitución se ocupa de blindar el camino QUE suscitar en estas relaciones Administración-administrado y el carácter legislativo por el que deben conducirse: «La ley regulará: el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado» (art. 103c) CE). Se añade a lo anterior la «extraterritorialidad» del mismo cuando se establece que el Estado es el único competente en relación con «el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.18 CE).

Aspecto este último que, lejos de suponer una influencia incidental o secundaria en los procedimientos que podríamos denominar «particulares» en cada comunidad autónoma, ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, desde la inicial STC 222/88, de 29 de noviembre, en el sentido de que «cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple

también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias»<sup>1</sup>. Lo cual supondría, como afirma González Ríos (2018, p. 135), que el legislador estatal regula un procedimiento administrativo «común», pero no «único», ni material ni formalmente.

Aunque esta previsión no es ni mucho menos una infravaloración del procedimiento administrativo común, tanto por su eficacia como su aplicabilidad, ya que, como afirma la STC 155/2016, de 22 de septiembre, «nuestra doctrina general sobre el significado del concepto “procedimiento administrativo común”, sin duda, forma parte del modelo general de procedimiento administrativo que el Estado puede imponer en ejercicio de su competencia –con el margen de apreciación y oportunidad política que ello siempre trae consigo, así, STC 191/2012, de 29 de octubre, FJ 5–». Entre otras cosas, «el establecimiento de la obligación de dictar resolución expresa en un plazo determinado (art. 42 LPC), así como la regulación de las consecuencias que ha de generar el incumplimiento de esa obligación (...) pues de lo contrario aquella previsión inicial no pasaría de ser una mera declaración de principios. Desde luego, sin esas dos previsiones –la una impuesta para la efectividad de la otra– no habría procedimiento administrativo “común” o, en todo caso, el modelo sería otro distinto» (FJ 6).

Todo lo cual no hace sino distinguir claramente la fórmula legislativa prevista por el constituyente en relación con la técnica general de distribución competencial seguida respecto de la legislación básica estatal y su relación con la legislación de las CC. AA. No es legislación básica en el sentido que habitualmente se da a la misma<sup>2</sup> y que la STC 132/2012, de 19 de junio de 2012, recurso n.º 6433-2000, viene a resumir:

En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, el ámbito de lo básico incluye, desde la perspectiva material, las determinaciones que garantizan la existencia en todo el Estado de una normativa homogeneizadora destinada a asegurar los intereses generales en el sector material de que se trate, y con ello una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad y certeza en todo aquello que el legislador estatal considera en cada momento como aspectos esenciales de dicho sector material (por todas, SSTC 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6; 14/2004, de 12 de febrero, FJ 11; y 31/2010, de 28 de junio, FJ 60).

Realmente el concepto de «procedimiento administrativo común» es una competencia exclusiva del Estado, de la que goza de amplia libertad para su regulación, pero no tanta como para incidir a través de éste en las efectivas competencias autonómicas que tienen la facultad de regular sus propios procedimientos administrativos de ejecución de competencias autonómicas propias, aunque con la salvedad de respetar de forma inalterada el conjunto de elementos constitutivos del procedimiento administrativo común<sup>3</sup>. No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que el procedimiento administrativo común no tenga una única técnica legislativa y pueda contenerse en ciertas leyes sectoriales estatales<sup>4</sup>, lo

<sup>1</sup> Esta doctrina que se ha reafirmado en las STC 79/1992, de 28 de mayo, 141/1993, de 22 de abril, 330/1994, de 15 de septiembre, 186/1999, de 14 de octubre, 190/2000, de 13 de julio y 98/2001, de 5 de abril, la STC 175/2003, la STC 150/2012 y la STC 132/2013 tal y como señalan estas mismas al ser citadas como fundamento de su decisión.

<sup>2</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es ingente a este respecto. No obstante, destacaremos la más temprana: la STC 84/1982, del 23 de diciembre de 1982, tempranamente señala que «por “principios”, “bases” y “directrices” hay que entender los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica, que deben ser comunes a todo el Estado». O el sentido que da a la legislación básica la STC 49/1988, de 22 de marzo de 1988, en los recursos de inconstitucionalidad acumulados n.º 990, 991 y 1007/1985, «Como regla general, y de acuerdo con la doctrina reiterada de este Tribunal, las bases deben garantizar la existencia en todo el Estado de un mínimo común denominador normativo dirigido a asegurar los intereses generales, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto». Y que, además, el concepto de *legislación básica* es un concepto «material»: STC 32/1981, de 28 de julio de 1981: «La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente». Aunque, también la STC 129/2013, del 19 de diciembre de 2013, cuestión de inconstitucionalidad n.º 3460/2011, también incide en el carácter formal de las normas básicas: «Se trata, pues, de una norma básica en el doble sentido material y formal». Y que exige del legislador su declaración formal porque como afirma la STC 125/2013, del 19 de diciembre de 2013, recurso de inconstitucionalidad n.º 2964/2009.

<sup>3</sup> STC 130/2013 de 4 de junio: «El adjetivo “común” que el precepto constitucional utiliza lleva a entender que lo que el constituyente ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento».

<sup>4</sup> STC 130/2013 de 4 de junio: «Este Tribunal ha admitido que, en virtud del art. 149.1.18 CE, el Estado establezca normas comunes de procedimiento específicas para procedimientos administrativos *ratione materiae*, como, por ejemplo, el procedimiento de

cual viene a constituir un tipo procedimental con el adjetivo de «común» que, como afirma López Menudo (2003, pp. 24-25), acierta a expresar la idea de que la ley es aplicable a todos, no siendo privativamente de ninguno; de que es una ley «principal», por la amplitud de su objeto y su vis expansiva. Lo normal es que la «ley común» juegue como supletoria en defecto de norma particular. En tales casos, la ley común es asimismo «general» por relación a otra norma prevalente que por ello opera como «especial», y con ese valor es normalmente utilizado el término por la mayoría de los autores. Pero también existe una acepción plena o «redonda» de la «ley común» como equivalente a derecho de eficacia preferente frente a cualquier otro. Lo cual no hace sino desplegar los efectos de la ley común como norma de referencia total, tanto en su carácter sustantivo como en el sistema de fuentes aplicativo, y que manifiesta «completitud». De tal forma que, como afirma, por ejemplo –y en el sentido apuntado–, el Tribunal Supremo, lo que obliga a considerar que esta ley básica general deroga a la ley especial, bien sea del Estado o de la comunidad autónoma<sup>5</sup>.

Coscolluela Montaner (2022, p. 413) incide en que el procedimiento administrativo común tiene el carácter de *procedimiento marco* que permite adecuar las normas procedimentales tanto a la organización como a las singularidades de la materia sobre la que incide, pero sin menoscabar las reglas del procedimiento administrativo común. Este calificativo, «marco», manifiesta una cercanía clara con otros casos en los que la norma marco prefigura y determina la capacidad normativa de otras Administraciones con competencias en una materia concreta<sup>6</sup>. Procedimiento marco común, que adquiere la consideración para Parejo Alfonso (2020, pp. 606-607) de «institución común» a la totalidad de las actuaciones derivadas del desarrollo de la actividad formalizada de cualesquiera Administraciones públicas, dando al procedimiento administrativo común con ello un sentido abierto y no permanente en cuanto a la necesidad de adaptar el procedimiento administrativo común a las capacidades de normación de los diversos entes territoriales y los sectores administrativos sobre los que inciden sin que pierdan el valor de «institución», ya que respecto del mismo se articulan como su referencia.

Sin embargo, este carácter que la doctrina otorga al procedimiento administrativo común parece contener un cierto límite para el legislador, y es que los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales<sup>7</sup>, aunque también cabe que la habilitación del art. 149.1.18 CE extienda «normas comunes de procedimientos específicas para procedimientos administrativos *ratione materiae*» (STC 143/2017).

Es el caso, por ejemplo, de los procedimientos de elaboración de planes urbanísticos para los que el título competencial Estatal ex art. 149.1.1.º CE está directamente vinculado al art. 149.1.18 CE: «En todo caso, y ello es lo relevante, el Estado ostenta competencias exclusivas para dictar normas de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.º CE), entre las que se incluyen aquellas garantías o derechos procedimentales que hayan de respetarse para la formulación de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos. (STC 61/1997, FJ 25)».

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional también ha diseñado otra, a juicio de González Ríos (2018, p. 148), artificiosa distinción entre procedimiento administrativo común general –el previsto en la legislación de procedimiento administrativo– y el procedimiento administrativo común singular, con ocasión de su pronunciamiento: primero, en la STC 130/2013, de 4 de junio, respecto de los procedimientos regulados en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y, en segundo término, con las STC 45/2015, de 5 de marzo<sup>8</sup>, y STC 55/2018, de 24 de mayo, respecto del procedimiento en la ley sectorial. Para ambos, se trata de «principios y reglas de “procedimiento administrativo común singular”, entendido como el establecido también en la órbita del art. 149.1.18 CE, pero para una forma específica de potestad o actividad de la administración».

---

elaboración de los planes urbanísticos [STC 61/1997, FJ 25 c)], lo que indica que la competencia del Estado en materia de procedimiento administrativo común no se detiene, única y exclusivamente, en la regulación de la institución desde una perspectiva meramente abstracta y desvinculada de los procedimientos especiales».

<sup>5</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, del 24 de abril de 2012, rec. n.º 3734/2009.

<sup>6</sup> Es el caso, por ejemplo, del art. 39 a) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dentro del contenido competencial coordinador de las policías locales asignado por el art. 148.1.22 a las comunidades autónomas, al determinar, por ejemplo, que coordinar la actuación de las policías locales en el ámbito territorial de la comunidad comprende, entre otras cosas: «(a) Establecimientos de las normas-marco a las que habrán de ajustarse los Reglamentos de Policías Locales, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y en la de Bases de Régimen Local».

<sup>7</sup> DA 1.ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>8</sup> El recurso de inconstitucionalidad viene a referirse al Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras en su conjunto.

En definitiva, la ley sectorial correspondiente puede determinar los procedimientos administrativos propios inherentes a la misma e, incluso, incorporar, a su vez, elementos comunes dentro de la particularidad sectorial o bien alternativamente declarar la supletoriedad del procedimiento administrativo común.

Todo lo cual lleva a que, en relación con el contenido propiamente «común» del procedimiento administrativo, la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya ido aumentando sus contornos en una manifiesta «vis expansiva», como afirma González Ríos (2018, pp. 141-148), teniendo en cuenta que la concreción material de qué se entienda por procedimiento administrativo común se viene produciendo vía jurisprudencia del TC. Si bien, podemos avanzar que ni todo lo que contiene la Ley 39/2015 PACAP se considera procedimiento administrativo común ni todo el procedimiento administrativo común se encuentra regulado en dicha norma. En definitiva, para el Tribunal Constitucional el contenido del procedimiento administrativo común lo integran los principios o normas que: a) definen la estructura general del procedimiento que debe seguir la Administración en su actuación, y especialmente el establecimiento de un plazo máximo de resolución, las consecuencias de su incumplimiento y el cómputo de dicho plazo; y b) que determinan la forma de elaboración, la validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos y las garantías de los interesados en el procedimiento administrativo. Todo lo cual nos lleva a afirmar que el concepto de «procedimiento administrativo común» tiene ese carácter expansivo que explícita o implícitamente lo hacen extensible a aquellos casos en los que la legislación sectorial omitiera principios y procedimientos específicos.

## 2. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DEL PERSONAL FUNCIONARIO

La STC 55/2018, de 24 de mayo sostiene que:

Se sitúan extramuros del título «procedimiento administrativo común» (art. 149.1.18 CE) las regulaciones que, aun aplicables a clases enteras de procedimientos, se han adoptado en ejercicio de una competencia estatal más específica. Es el caso, por ejemplo, de los procedimientos de preparación y adjudicación de contratos públicos o de expropiación forzosa; respecto de estos el Estado cuenta con competencias normativas de diverso alcance en materia de contratación administrativa (art. 149.1.18 CE; STC 237/2015, de 19 de noviembre, FJ 7) y expropiación forzosa (art. 149.1.18 CE; STC 251/2006, de 25 de julio, FJ 5), respectivamente.

¿Son los procedimientos administrativos para la provisión de puestos procedimientos específicos al margen del procedimiento administrativo común? No creemos que así sea, si bien las disposiciones legales respecto del estatuto de los funcionarios no aclaran tampoco la cuestión, siendo más bien escasas sus referencias puramente procedimentales. El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP) y la todavía vigente Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública, no establecen propiamente un procedimiento específico como tal en la provisión de puestos de trabajo del personal funcionario, como tampoco podemos decir que el Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado de 26 de julio de 2024 (fecha de publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales<sup>9</sup>) lo haga. A este respecto, como ya decíamos, la propia Ley 39/2015 deja claro que solo la ley sectorial correspondiente puede regular un procedimiento administrativo especial que “no exija alguno de los trámites previstos la Ley del procedimiento administrativo común o regulen trámites adicionales o distintos<sup>10</sup>”, cosa que no parece producirse por la ley básica de función pública y las señaladas. De hecho, se fijan, más bien, en la determinación de la tipología selectiva del sistema de concurrencia competitiva más que del propio procedimiento al establecer que «la provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública»<sup>11</sup>, ya que de ambos tipos pueden surgir procedimientos distintos. Es verdad que en los arts. 79 y 80 del TREBEP ofrecen

<sup>9</sup> BOCG-15-a-31-1, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados Serie A*, n.º 31-1, 26 de julio de 2024.

<sup>10</sup> Disposición adicional primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>11</sup> Art. 78 del TREBEP. En este mismo sentido, el art. 20 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto.

los elementos fundamentales para definir el sistema procedimental al señalar, por ejemplo, para el sistema de concurso que «consistirá en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico, o que en las convocatorias de concursos podrá establecerse una puntuación que, como máximo, podrá alcanzar la que se determine en las mismas para la antigüedad» (art. 79 TREBEP). Y que para el caso de la «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» (art. 80 TREBEP); pero en ambos casos carecen de referencias procedimentales específicas.

Por su parte, encontramos que el art. 20.1 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, llega a concretar algún elemento propiamente procedimental al establecer, primero, la necesidad de que «las convocatorias para proveer puestos de trabajo por concurso o por libre designación, así como sus correspondientes resoluciones, deberán hacerse públicas en los “boletines” o “diarios oficiales” respectivos, por la autoridad competente para efectuar los nombramientos», y que tras esta circunstancia «se concederá un plazo de quince días hábiles para la presentación de solicitudes»<sup>12</sup>. Curiosamente, esta letra y apartado del mencionado art. 20 tiene la consideración de básica, según la propia Ley 30/1984<sup>13</sup>, lo cual parece lógico a pesar del silencio del TREBEP a este respecto.

Por su parte, el art. 78 TREBEP incide también en la creación de otros procedimientos de provisión a través de cada ley de función pública autonómica. En concreto, en los supuestos de movilidad interadministrativa, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo junto a los que pudieran producirse por reestructuraciones que conlleven la supresión de los puestos de trabajo, los cuales han de sustanciarse a través del correspondiente procedimiento, aunque no tienen como objetivo primordial la garantía de la concurrencia competitiva.

El sistema de provisión de puestos de trabajo es un punto nuclear dentro de la carrera administrativa de los funcionarios y, por ende, es uno de los pilares del estatuto de la función pública, pero, además, tiene una incidencia grande en la propia organización administrativa cuya potestad, de algún modo, se ve delimitada por esta circunstancia. No en vano, Palomar Olmeda (2007, p. 474), ha advertido que la provisión de puestos en las Administraciones públicas constituye uno de los elementos centrales de cualquier regulación, ya que la misma se sitúa en el ámbito práctico en un terreno intermedio entre intereses de los funcionarios y las necesidades de la organización. Hecho que explicita una cierta tensión entre dos ámbitos de intereses, no siempre coincidentes. La STS, Contencioso, Sección 1.ª, del 30 de enero del 1992 (ROJ: STS 608/1992), ya apuntaba esta contraposición:

En el presente proceso la cuestión central consiste en cómo ha de regularse el modo de provisión de los puestos en cuanto norma objetiva de ordenación de la organización administrativa y no en cuanto a que ello constituya título suficiente para otorgar de forma directa un derecho subjetivo a personas que se rigen por normas que constituyen el estatuto común de los funcionarios, o por normas que suponen la existencia de un estatuto especial.

Esta confrontación se observa de forma más directa en el caso de los sistemas de provisión de puestos por «movilidad interadministrativa»<sup>14</sup>, en donde se advierte claramente el superior interés de la potestad administrativa de organización frente al «derecho a la movilidad interadministrativa» del funcionariado al que aluden Parada Vázquez y Fuentetaja Pastor (2019, p. 339). Incluso el «sagrado derecho» de permanencia en un puesto conforme a su carrera y progreso profesional, para determinado funcionariado cualquiera

<sup>12</sup> El art. 54.2 del Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado de 24 de marzo de 2023 establece que «la provisión de puestos y la movilidad del personal funcionario de carrera se realizarán de conformidad con lo establecido en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en esta ley y en la normativa reglamentaria de desarrollo que se establezca previa negociación colectiva», y que «los procedimientos de concurso para la provisión de puestos de trabajo se regirán por la convocatoria respectiva, que se ajustará a lo dispuesto en los criterios generales, que serán objeto de negociación colectiva».

<sup>13</sup> En efecto, así se determina en el art. 1.3 de dicha ley: «Se consideran bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del art. 149.1. 18.ª de la Constitución: el art. 20.1. c)».

<sup>14</sup> El art. 84.3 del TREBEP, la encuadra como una medida organizativa en exclusiva: «Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos (...)». El Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado (julio 2024) reafirma este carácter en su art. 31.1: «La Administración del Estado utilizará la provisión de puestos de trabajo al objeto de la adecuada dotación de recursos humanos para la consecución de sus objetivos estratégicos, en el marco de los instrumentos de planificación y ordenación de personal».

que sea la Administración en la que prestare servicio, se ve afectado cuando la Administración en la que presta servicio antepone sus necesidades organizativas teóricas al derecho del mismo a la carrera en dicha Administración, entendiendo el legislador básico que el verdadero derecho a la carrera profesional lo es tan solo en la Administración en la que se encuentra adscrito el cuerpo/escala/subescala/categoría de pertenencia de este funcionariado<sup>15</sup>. Esto nos parece francamente discutible si hablamos de un modelo «común» de función pública.

Los procedimientos administrativos de provisión de puestos de trabajo están directamente vinculados al art. 23.2 CE. Así lo han aseverado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. El primero, en la STC 156/1998, de 13 de julio, que reafirmaba una línea jurisprudencial constante al afirmar que:

Conviene señalar que este Tribunal viene reiterando que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública es un derecho que actúa no sólo en el momento de acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcional y por ello se ha afirmado que este derecho resulta también aplicable a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983, 15/1988, 47/1989, 192/1991, 200/1991, 293/1993, 365/1993, 87/1996). No obstante, también se ha sostenido que el rigor con el que operan los principios constitucionales que se deducen de este derecho fundamental (el acceso en condiciones de igualdad a la función pública –art. 23.2 CE– de acuerdo con los principios de mérito y capacidad –art. 103.3 CE–) no es el mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la carrera administrativa, ya que en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido en condiciones de igualdad a la función pública –y, por tanto, que ya han acreditado el mérito y capacidad– cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales (SSTC 192/1991, 200/1991, 293/1993, 365/1993, 87/1996).

El segundo, en relación con este último apartado: El derecho al acceso a funciones públicas en condiciones de igualdad es un derecho de configuración legal, en que los arts. 14 y 23.2 de la Constitución, actúan, tratándose de concursos de provisión de puestos entre funcionarios, con menor intensidad que en las pruebas selectivas para el nuevo ingreso, admitiéndose, acreditados los requisitos de mérito y capacidad, que también se atiende en el concurso cuestionado, a otros criterios distintos a éstos, como son los de dotar de la mayor eficacia a la organización de los servicios, cuya racionalidad en el caso de autos, y según ya se ha argumentado, ha quedado de sobra acreditada<sup>16</sup>.

A pesar de este «debilitamiento» del derecho constitucional de «igualdad en el acceso», el art. 78.1 del TREBEP establece que «las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad». Y que, en relación con el principio de publicidad, Guillén-Caramés y Fuentetaja Pastor (2011, p. 165) lo vinculen directamente con nuestro texto constitucional, ampliando los preceptos implicados en estos sistemas de provisión: en su manifestación más genérica, se encuentra ligado a otros mandatos constitucionales, como los son el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y el principio de objetividad que para toda actuación de las Administraciones públicas predica el art. 103.1 del texto constitucional.

Esta vinculación constitucional de los sistemas de provisión puestos de trabajo tiene como resultado que el procedimiento administrativo que los lleve a efecto se vea delimitado tanto por el art. 149.1.1 CE

<sup>15</sup> El ya mencionado art. 84.3 del TREBEP no parece dejar dudas al respecto: «En el supuesto de cese del puesto obtenido por libre designación, la Administración de destino, en el plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente al del cese, podrá acordar la adscripción del funcionario a otro puesto de la misma o le comunicará que no va a hacer efectiva dicha adscripción. En todo caso, durante este periodo se entenderá que continúa a todos los efectos en servicio activo en dicha Administración. Transcurrido el plazo citado sin que se hubiera acordado su adscripción a otro puesto, o recibida la comunicación de que la misma no va a hacerse efectiva, el funcionario deberá solicitar en el plazo máximo de un mes el reingreso al servicio activo en su Administración de origen, la cual deberá asignarle un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración, con efectos económicos y administrativos desde la fecha en que se hubiera solicitado el reingreso». Precisamente este apartado no responde a la versión originaria de EBEP 2007, ya que fue reformado por el apartado 3 del art. 28.4 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa que le da esta redacción definitiva y su relación con lo dispuesto en la disposición transitoria 9.ª. A la vista salta que esta reforma posee un carácter marcadamente regresivo para los derechos del funcionariado, sobre todo en aquellos que pudieran desempeñar puestos de responsabilidad pre directiva o directiva.

<sup>16</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 18 de junio de 2008, rec. n.º 158/2005.

como por el art. 149.1.18 CE. El «procedimiento administrativo común» no es sino la manifestación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. En este caso, de todos los funcionarios/as potencialmente aptos para el desempeño de funciones públicas en los puestos que pudieran ser ofertados en un momento determinado y bajo los requisitos de la relación de puestos de trabajo.

Es, por tanto, necesario concluir la especial vinculación que estos procedimientos de provisión tienen respecto de los elementos configuradores del procedimiento administrativo común, sobre todo en los elementos más tuitivos del mismo en relación con los/as funcionarios/as que efectivamente participan en un procedimiento concreto. El procedimiento administrativo para la provisión de puestos es el elemento decisivamente protector de la concurrencia, con base en el mérito y capacidad<sup>17</sup>. Y todo ello a pesar de la especial situación jurídica en la que se encuentran los funcionarios respecto de la Administración como expondremos. En efecto, como señalaba Morell Ocaña (1998, p. 224), el procedimiento constituye una exigencia jurídica cuando se hace presente su funcionalidad como garantía jurídica, cualquiera que sea el tipo de provisión de puestos, sea el sistema concurso, sea el sistema de libre designación.

## 2.1. El reglamento, elemento delimitador del procedimiento administrativo de provisión de puestos de trabajo

El TREBEP atribuye a cada ley de función pública elementos sustantivos dentro de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, como, por ejemplo, cuando establece reserva legal para determinar «el plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo»<sup>18</sup>; o que «los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública»<sup>19</sup>, e incluso a la hora de determinar otros procedimientos de provisión de puestos, especialmente relacionados con las necesidades organizativas de las Administraciones públicas. Aunque en algunos casos el TREBEP parece sustraerlos a la necesaria regulación cuando remite a cada convocatoria los pormenores

<sup>17</sup> Al respecto de la igualdad, como «elemento de protección específico», señala la STC 236/2015, de 19 de noviembre, Pleno, recurso de inconstitucionalidad n.º 2733-2011: «Aunque en el recurso, junto al art. 23.2 CE, se invoca también el art. 14 CE, ha de recordarse que, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional emanada en procesos de amparo y que es extensible a los procesos de inconstitucionalidad, “cuando la queja por desigualdad se plantea respecto de los supuestos comprendidos en el art. 23.2 CE no es necesaria la invocación del art. 14 CE, porque el propio art. 23.2 CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos y es éste, por tanto, el precepto que habrá de ser considerado de modo directo para apreciar si el acto o la resolución impugnados han desconocido el principio de igualdad” (SSTC 24/1989, de 2 de febrero, FJ 2; 154/2003, de 17 de julio, FJ 5, y 192/2007, de 10 de septiembre, FJ 3); cuando menos, siempre que la diferenciación no se deba a algunos de los criterios de discriminación expresamente impedidos por el art. 14 CE (...). En suma, ya sea a partir del art. 23.2 CE o del art. 14 CE resulta aplicable un canon parcialmente equivalente de enjuiciamiento, con independencia del carácter funcional o laboral del personal afectado, en la medida en que la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE en el acceso a las funciones públicas que desempeña el personal estatutario constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE en el conjunto de las funciones públicas. A partir de ese canon común, quienes tengan la condición de funcionario disfrutan además de la protección que ofrece la garantía de la predeterminación normativa que consagra el art. 23.2 CE».

<sup>18</sup> Art. 79.2 y art. 80.2 TREBEP.

<sup>19</sup> Sobre la constitucionalidad de esta forma de provisión de puestos de trabajo no cabe ya duda alguna al respecto. Así, señala la STC 235/2000, de 5 de octubre: «Que la adjudicación sea en el caso del concurso la consecuencia de la baremación, más o menos automática, de los méritos aportados, según lo dispuesto en la oportuna convocatoria, en tanto que en el sistema de libre designación se produzca como resultado de la apreciación (dotada, como es obvio, de una evidente connotación de discrecionalidad o, si se prefiere, de un cierto margen de libertad) que el órgano decisor se haya forjado a la vista del historial profesional de los candidatos o aspirantes, es indiferente desde la perspectiva del genérico estatuto funcional de la persona que finalmente resulte adjudicataria del puesto en cuestión. No nos hallamos aquí en presencia de nombramientos para cargos políticos, caracterizados por la libérrima decisión de quien sea competente para efectuar el nombramiento; ni ante la designación de personal eventual, cualificado, según el art. 20.2, párrafo segundo, de la Ley 30/1984, por la “confianza o asesoramiento especial” de las funciones que pueden encomendarsele. 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». Además, también se basa para ello en las SSTC 18/1987, de 16 de febrero, FJ 5, y 10/1989, de 24 de enero, FJ 3. Esta «flexibilidad», no obstante, tiene evidentes límites —el primero su excepcionalidad— y, además, tal y como ha señalado por todas la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 24 de septiembre de 2008, n.º de recurso 5231/2004: «No es bastante para justificar la opción por el sistema de libre designación para una categoría genérica de puestos de trabajo la invocación de la rapidez, agilidad y flexibilidad que se derivan de un correcto ejercicio de la facultad de libre designación, porque son precisamente estas notas mal utilizadas las que pueden originar un cierto margen de arbitrariedad, frente a cuyo potencial peligro la norma legal ha reaccionado exigiendo una justificación objetiva y razonable». Para ello la Relación de puestos de trabajo tiene una posición clave a este respecto.

del procedimiento administrativo como la alusión en el art. 79.3: «En las convocatorias de concursos podrá establecerse una puntuación que, como máximo, podrá alcanzar la que se determine en las mismas para la antigüedad (...)»<sup>20</sup>. Fórmula esta última que la Ley 30/1984 reproduce respecto a las convocatorias de concurso, que deberán incluir, en todo caso, los siguientes datos y circunstancias: denominación, nivel y localización del puesto; requisitos indispensables para desempeñarlo; baremo para puntuar los méritos; puntuación mínima para la adjudicación de las vacantes convocadas, etc.<sup>21</sup> Por su parte, el Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado, ya en tramitación parlamentaria<sup>22</sup>, bajo la rúbrica «Criterios rectores de la provisión de puestos de trabajo» del art. 31, parece corregir esto cuando remite a «la normativa reglamentaria de desarrollo»<sup>23</sup> todo lo relativo al procedimiento administrativo de provisión que no se contemple tanto en el TREBEP como en el propio texto legal.

Sobre lo apuntado más arriba respecto del binomio «derechos de los funcionarios al acceso a los procedimientos de provisión de puestos/potestad de organización», parece que el proyecto de ley (julio 2024) viene a incidir en una vertiente clara de predominio de potestad de organización sobre el derecho a la movilidad de los funcionarios, ya que «podrán establecerse reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria del personal funcionario cuando se considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos». Reglas que implican evidentes «limitaciones por el departamento competente en materia de función pública, (...) a la participación del personal al servicio de la Administración del Estado, tanto en lo que se refiere a los ámbitos de origen como a los de destino, en función de las necesidades del servicio, de un adecuado equilibrio de las cargas de trabajo y de la racionalización de las carreras profesionales». Pero, con todo, nada se dice sobre los ítems específicos del procedimiento administrativo de provisión de puestos. Todo lo cual implica, por un lado, que el reglamento estaría llamado a concretar aspectos aparentemente no sustanciales del procedimiento pero importantes desde el punto de vista procedimental. Y que incluso la ausencia de esta regulación podría llevarnos a la singularización «exprés» del procedimiento administrativo, pasando a ser un elemento meramente contingente o particular que pueda apartarse o suprimir elementos básicos y comunes del procedimiento administrativo común, tal y como hemos expuesto más arriba por mor de la simplificación y clarificación administrativa, cuando no de meros intereses organizativos. Conviene recordar aquí con Gonzalez Ríos (2018, p. 167) que la regulación estatal del procedimiento administrativo común debe hacerse sin perder de vista que el mismo es una garantía para los interesados, y no un mero instrumento que en aras de una pretendida «simplificación» administrativa se aprovecha para eliminar trámites.

Precisamente, la disminución de las garantías procedimentales ataca directamente a la libre concurrencia competitiva entre todos los participantes y, en particular, en cada uno de ellos, al derecho a la progresión en la carrera profesional<sup>24</sup>.

Quizás podríamos atribuir esta escasez legislativa reguladora y el predominio reglamentario no solo a la incesante expansión de la potestad de organización de la Administración, sino también a la indudable relación especial de sujeción que todos los funcionarios públicos tienen respecto a la propia Administración y respecto de la relación común del conjunto de los ciudadanos. Así lo expresa la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 16 de octubre de 2023, n.º de recurso 5068/2022, para la que «la relación funcional es paradigma de tal sujeción especial»<sup>25</sup>. Ello tiene dos consecuencias jurídicas fundamentales al respecto de lo que se viene exponiendo: a) una cierta relajación del principio de legalidad, que viene a ser sustituido por el reglamento, y b) una especial intensidad en el poder de ordenación y control de la Administración sobre esta actividad. Sin que ello implique una disminución de derechos fundamentales y libertades públicas, que se incardinan tal y como se ha expuesto de forma directa en el art. 23 CE. Aunque, como afirma, Prieto Álvarez (2009, p. 245), lo importante en la noción que analizamos es que sirva para extraer consecuencias sobre la legitimidad del régimen jurídico impuesto a los afectados, y esto exigirá diagnósticos *ad casum*.

<sup>20</sup> Art. 79.3 TREBEP.

<sup>21</sup> Art. 21.1 de la Ley 30/1984.

<sup>22</sup> Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley*, el 26 de julio de 2024, n.º 31-1.

<sup>23</sup> El proyecto de ley utiliza un término a nuestro modo de ver complejo cuando habla de «normativa reglamentaria de desarrollo» frente a la expresión «los reglamentos de desarrollo» a la hora de determinar el régimen jurídico propio de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo. Quizás habría que contemplar dentro de este término «otras disposiciones» de naturaleza reglamentaria, pero bajo formas de actos administrativos generales, tal y como expresaremos en el apartado correspondiente.

<sup>24</sup> Art. 14c) TREBEP.

<sup>25</sup> En este sentido, también la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 26 de abril de 2021, n.º de recurso 4645/2019.

### 3. SOBRE EL REAL DECRETO 364/1995, DE 10 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO GENERAL DE INGRESO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y PROMOCIÓN PROFESIONAL DE LOS FUNCIONARIOS CIVILES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Este reglamento al margen de su objetivo regulador sustancial para la AGE no sólo ha sido la referencia normativa a la hora de elaborar y disponer los procedimientos de provisión de puestos en cada función pública territorial autonómica o local, sino que ha sido y es, en muchos casos, una norma de aplicación continuada y persistente en las restantes Administraciones públicas, dado su carácter propiamente supletorio<sup>26</sup>.

#### 3.1. Bases de las convocatorias de provisión, cauce del procedimiento

En primer término, el RD 364/1995 solo reserva el término «convocatorias»<sup>27</sup> a los procedimientos de concurso y libre designación por cuanto que son el exponente de procesos reales de concurrencia competitiva y el ejercicio de precisamente las previsiones del art. 23 CE en la forma que ya hemos apuntado más arriba. El art. 38 del RD 364/1995 establece que cada convocatoria es el régimen jurídico regulador primordial de ese proceso que, no obstante, ha de ajustarse a lo dispuesto en dicho reglamento y en las normas específicas que resulten aplicables.

Sobre la naturaleza jurídica de las bases de las convocatorias hay que señalar que son calificadas por un amplio sector doctrinal como «actos administrativos de carácter general»<sup>28</sup>, si bien es predicable un carácter normativo de estos actos para el caso de las denominadas «bases generales de convocatoria de provisión de puestos», empleadas con frecuencia por las distintas Administraciones públicas<sup>29</sup>. En efecto, estas bases no agotan su aplicación a un supuesto o convocatoria concreta, perdurando además en el tiempo, lo cual hace, a nuestro modo de ver, que la cuestión no sea fácil de discernir, y ello a pesar de los esfuerzos de la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 19 de septiembre de 2022, rec. n.º 937/2021, que aun reconociendo «que esa dificultad no es conceptual, sino de calificación jurídica de ciertos tipos de actos que pueden hallarse –como ocurre a veces en la experiencia aplicativa del Derecho– en una zona gris». El Tribunal afirma de forma categórica, después de ofrecer una extensa argumentación apoyada, incluso, en la dogmática, que «debe asimismo responderse que, en el estado actual del ordenamiento español, no cabe hablar de un *tertium genus* de actos de la Administración con una pluralidad indeterminada de destinatarios, distintos de los reglamentos y de los actos administrativos generales». Con ello parece cerrar de forma definitiva la vía abierta por este mismo Tribunal en la STS, Contencioso, Sección 4.ª, del 20 de septiembre de 1988, (Roj: STS 12793/1988), cuando afirmaba que «esta Sala debe decir que es más que discutible que el citado procedimiento sea exigible cuando se trata –como aquí ocurre– de elaborar esa unidad jurídica intermedia entre el acto y la norma que se ha dado en llamar “elemento normativo desgajado”»<sup>30</sup>, y la STS,

<sup>26</sup> El art. 1.3 es claro al respecto: «Este Reglamento tendrá carácter supletorio para todos los funcionarios civiles al servicio de la Administración del Estado no incluidos en su ámbito de aplicación y los de las restantes Administraciones públicas».

<sup>27</sup> Existe una abundantísima jurisprudencia respecto del «valor» jurídico la de las bases de convocatoria. Por todas: STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 29 de abril de 2011, Rec. 287/2010: «Conviene recordar que tiene declarado el Tribunal Supremo, ya desde la antigua Sentencia de 14 septiembre 1988 (RJ 19886619), con constante reiteración ulterior que hace innecesaria la cita individualizada, que las bases de la oposición son la llamada “ley de oposición o concurso”, de manera que vinculan a la Administración desde luego, pero también a los que participan en dichas pruebas selectivas, no pudiendo a posteriori impugnarse dichas bases, que, una vez aprobadas, solo son modificables con sujeción estricta a las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo, hoy Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

<sup>28</sup> Entre otros, citaremos a Parada Vázquez y Fuentetaja Pastor (2019, p. 342); Martínez de Pisón (1995, p. 259), y García-Trevijano (1967, pp. 532 y ss.).

<sup>29</sup> Es el caso, por ejemplo, en la AGE: la Orden HFP/688/2017, de 20 de julio, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado (BOE, n.º 174, de 22 de julio de 2017), las cuales vienen aplicándose de forma ininterrumpida en todos los procesos selectivos desde esa fecha hasta la actualidad. Y de forma más clara y evidente para este estudio: el acuerdo de 26 de noviembre de 2020 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se aprueban las bases generales por las que se regirán los procedimientos para la provisión definitiva y temporal de puestos de trabajo de personal funcionario en el Ayuntamiento de Madrid y en sus organismos autónomos. (BOAM n.º 8779 de 30-11-2020). En este último caso las características normativas son evidentes y vienen a complementar el Reglamento de Ordenación del Personal del Ayuntamiento de Madrid, de 22 de diciembre de 2005.

<sup>30</sup> Este término y su contenido conceptual también es empleado en la contienda competencial suscitada con motivo de la STC 37/2016, de 3 de marzo, cuando se hace referencia a la «degradación» de las competencias autonómicas normativas, que quedan casi como competencias ejecutivas, a ejercer mediante una suerte de «elementos normativos desgajados».

Contencioso, Sección 4.<sup>a</sup>, de 15 de noviembre de 2005, n.º de recurso 6690/2002, respecto de unas bases reguladoras de subvenciones como «un híbrido entre una norma jurídica propiamente dicha y un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos»<sup>31</sup>.

Para cerrar este camino de atribución de cierta «normatividad», la ya citada STS, de 19 de septiembre de 2022, anticipa dicho giro jurisprudencial a través de los pronunciamientos que cita: «Los giros de la jurisprudencia a propósito de las relaciones de puestos de trabajo o de las ponencias de valores catastrales, por citar sólo los ejemplos más visibles, son buena prueba de ello. Véanse a este respecto, entre otras, las sentencias de esta Sala de 5 de febrero de 2014 (rec. n.º 2986/2012) y de 16 de junio de 2022 (rec. n.º 7303/2020)».

Sin embargo, la doctrina según Meilán Gil (2017, pp. 590-593) sigue mostrando ese carácter normativo en las bases de la convocatoria que pueden operar como un elemento normativo. Ayuda a comprenderlo, que no es infrecuente, y desde luego es posible, que las bases por las que han de regirse las convocatorias se aprueben con independencia y anterioridad a estas podríamos decir que tienen contenido de norma y envoltura de acto. Opinión que suscribimos sobre los casos que ya hemos apuntado respecto de las denominadas «bases generales de convocatoria de provisión de puestos»<sup>32</sup>, que en muchas corporaciones locales tienen un uso continuado y frecuente.

### 3.2. Preceptos procedimentales restantes

En cuanto a los preceptos estrictamente vinculados al procedimiento administrativo, el RD 364/1995 es parco en cuanto a una regulación específica. El art. 38.2 anticipa que cualquier convocatoria y sus bases «para la provisión de puestos de trabajo, tanto por concurso como por libre designación, así como sus respectivas resoluciones, se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* y, si se estima necesario para garantizar su adecuada difusión y conocimiento por los posibles interesados, en otros boletines o diarios oficiales». Con ello, el procedimiento administrativo se inicia *ad extra*, constituyéndose de este modo en la base del cómputo de los restantes plazos. El plazo establecido para la participación en este procedimiento es «de quince días hábiles, contados a partir del siguiente al de la publicación de la convocatoria en el *Boletín Oficial del Estado*»<sup>33</sup>. Este plazo es coincidente para los procedimientos de «libre designación», tanto en su cómputo como desde el que debe iniciarse este mismo (ex art. 53 RD 364/1995).

El articulado no hace referencia a la determinación de impresos normalizados para cada convocatoria, pero la realidad es que todas las convocatorias poseen modelos establecidos y sobre la documentación precisa a acompañar junto a dicha solicitud que, naturalmente, hemos de considerar como obligatorios e inexcusables para los que participen en dichos procedimientos. En este sentido, ya el art. 66.6 de la LPAC establece que «cuando la Administración en un procedimiento concreto establezca expresamente modelos específicos de presentación de solicitudes, estos serán de uso obligatorio por los interesados». Todo ello obedece a la necesidad, cuando menos, de contar con la información suficiente de los participantes a valorar por parte de la Comisión de Valoración y que se detallada en los arts. 45 y 46 del RD 364/1995.

Respecto de este órgano evaluador, el RD 364/1995 tampoco hace referencia alguna en cuanto a las normas de funcionamiento estrictamente formales de la misma, como órgano colegiado que es, y encargada de evaluar a los candidatos en el caso del procedimiento del concurso general y de méritos, aunque sí se detiene y regula los criterios de valoración y evaluación de los méritos exigidos. De ahí que entendamos claramente aplicables los preceptos relativos a la abstención y recusación de sus miembros, establecidos en los arts. 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), manifestación clara de la objetividad dentro del procedimiento administrativo. A este respecto, Míguez Macho (2013, p. 289) destaca que de todas estas manifestaciones de la objetividad, imparcialidad y neutralidad de los servidores públicos para el procedimiento administrativo tiene un especial interés el deber de abstención, que se concreta y desarrolla en el art. 28 de la Ley 30/1992, y no solo para el personal al servicio de las Administraciones públicas, sino también para las autoridades. Se añade a lo anterior la aplicación

<sup>31</sup> Aunque ya la STS, Contencioso, Sección 3.<sup>a</sup>, de 30 de noviembre de 2017, rec. n.º 1253/2015, calificó estas bases como «actos singulares de aplicación plúrima».

<sup>32</sup> Garrido Falla (1958, p. 209) hace ya muchos años, y sin querer entrar en el debate «acto administrativo general/reglamento», apuntó un efecto claro de esta posible naturaleza normativa: «El acto administrativo, de acuerdo con su carácter general o concreto, puede ser fuente de Derecho objetivo o creador de situaciones jurídicas individuales».

<sup>33</sup> Art. 42.2 del RD 364/1995.

de la LRJSP propiamente en todo lo relativo a las convocatorias y sesiones formales de la Comisión (art. 17 LRJSP) y la existencia de un presidente y secretario en su seno (arts. 16 y 17).

De igual forma a lo apuntado, el RD 364/1995 omite toda alusión a la necesidad de la expedición de las actas de cada sesión, siendo tan crucial este documento para la plasmación del ejercicio de la discrecionalidad técnica del órgano, por lo que, en esencia, ha de acudirse a las previsiones del art. 18 LRJSP.

Como señalaremos, nos parece singularmente importante no solo para el procedimiento de provisión de puestos mediante concurso, sino también para la libre designación —a pesar de la flexibilidad que parece otorgarle la norma—, lo que el art. 44.5 del RD 364/1995 establece respecto de la acreditación de los méritos en el caso del concurso cuando establece que en los procesos de valoración podrán recabarse de los interesados las aclaraciones o, en su caso, la documentación adicional que se estimen necesarias para la comprobación de los méritos alegados. Es, desde luego, tal y como veremos más adelante, una evidente llamada a aplicar los principios antiformalistas y *pro actione* en estos procedimientos administrativos.

Sin más referencias a la fase de instrucción, el art. 47 del RD 364/95 hace mención al cómputo total de duración del procedimiento administrativo del concurso, que sitúa en dos meses, frente al mes que es el establecido para el procedimiento de libre designación<sup>34</sup>. El apartado 2 de ese mismo art. hace mención a la resolución administrativa con el que concluiría el procedimiento administrativo y para la que se determinan algunos requisitos:

- Debe ser una resolución motivada.
- El fundamento de la motivación, desde un punto de vista formal, debe incardinarse en el cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria. Precepto que está en muy directa conexión con el art. 35.1 LPAC acerca de los elementos que debe comprender esta motivación: una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.
- Desde un punto de vista material, el procedimiento debe acreditar que la resolución adoptada ha observado el procedimiento debido y la valoración final de los méritos de los candidatos, requisitos que, de igual forma, se contemplan en el procedimiento administrativo común para todos los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva (art. 35.2 LPAC).

Respecto a la finalización de los procedimientos administrativos de provisión mediante libre designación, el art. 56.2 RD 364/1995 viene a singularizar el contenido de la Resolución y adaptarla a la peculiaridad de este procedimiento cuando señala que «las resoluciones de nombramiento se motivarán con referencia al cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, y la competencia para proceder al mismo», lo cual viene a resaltar la importancia del contenido de los perfiles de desempeño requeridos para estos puestos y su relación directa sobre el contenido material de la motivación de la Resolución de adjudicación de los mismos. No obstante, la jurisprudencia ha ido, sin lugar a duda, mucho más lejos que las disposiciones mencionadas en relación con este contenido material de la motivación del acto para el que exige un contenido concreto<sup>35</sup>.

El contrapunto al nombramiento es el cese también en estos procedimientos administrativos, el cual, desde luego, exige una motivación reforzada conforme también a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera como «tenue exigencia» el contenido del art. 58.1 del RD 364/1995<sup>36</sup>. Precisamente, la jurisprudencia ha incidido en la insuficiencia del contenido exigido por dicho precepto reglamentario, ya que tan solo establece que «los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser

<sup>34</sup> Art. 56 RD 364/1995.

<sup>35</sup> Hay una abundante jurisprudencia respecto de la motivación en las adjudicaciones de los puestos convocados y a proveer mediante el sistema de libre designación. Solo señalaremos la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 19 de septiembre de 2019, rec. n.º 2740/2017: «1.º Una vez superada la vieja doctrina que no exigía motivación expresa, la Sala viene considerando que es preciso motivar para así exteriorizar el cumplimiento de esos límites a los que está sujeto el acto de elección (respecto a los principios de igualdad, mérito y capacidad y el mandato de interdicción de la arbitrariedad). 2.º La motivación así entendida tiene por objetivo que el acto de nombramiento no sea un mero acto de voluntarismo, sino que cumpla con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad. 3.º La motivación es adecuada si son bien visibles las razones, los criterios esenciales o fundamentales, por los que ha sido preferido un candidato frente a otros, razones reconducibles a mérito y capacidad. Para tal fin deben identificarse los méritos considerados como prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento. 4.º Respecto del alcance del control jurisdiccional de la motivación, una eventual sentencia estimatoria debe ser operativa y eficaz, de manera que cumplidas las formas se pueda detectar con suficiencia los datos y razones que movieron la decisión. 5.º En fin y ya fuera del ámbito judicial cabe citar la reciente sentencia de esta Sección 457/2019 de 4 abril, en que se confirmó el cese de un asesor en el Tribunal de Cuentas al considerarse justificado conforme a informe de un consejero».

<sup>36</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 31 de mayo de 2021, rec. n.º 1703/2019.

cesados con carácter discrecional. La motivación de esta resolución se referirá a la competencia para adoptarla». Este amplio poder concedido a la Administración –que nombró– respecto del cese en estos puestos no deja de tener unos requisitos –absolutamente evanescentes según la norma citada– y que afortunadamente nuestra jurisprudencia, como decíamos, ha llenado de contenido con el objeto de frenar la manifestación de la desviación en el empleo de la «discrecionalidad administrativa»: la arbitrariedad. En efecto, en una manifestación de una línea jurisprudencial muy consolidada y enteramente descriptiva a este respecto, el Tribunal Supremo entiende con carácter general, tal y como destacó en la Sentencia de 3 de julio de 2015 (recurso de casación n.º 2941/2013),

que esta exigencia de la motivación ha de ser más intensa precisamente en los actos de carácter discrecional, pues esa libertad de apreciación y, en su caso, de decisión, que comporta el ejercicio de potestades discrecionales, conlleva que deban ser explicadas las razones por las que se adopta una decisión y no otra (...). La motivación, por tanto, de los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales ha de ser expresa, clara y comprensible, señalando las razones por las que debe ser cesado quien ocupaba un puesto como funcionario nombrado por el sistema de libre designación. Esta motivación se basa en una interpretación normativa, de los arts. 35.1.i) de la Ley 39/2015, y 58.1 del citado Reglamento General de ingreso de personal al servicio de la Administración General del Estado, que pretende evitar eventuales zonas de indefensión, y proscribir cualquier forma de arbitrariedad en la actuación administrativa. De manera que los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública puedan «ser cesados discrecionalmente» (art. 80.4 del EBEP), sabiendo las razones de dicha decisión administrativa<sup>37</sup>.

Límites a los que añadir los fines de los que necesariamente debe suponerse en todo acto discrecional. A este respecto, Ferreira Fernández (2002, p. 195) señala que el otorgamiento a la Administración de ese especial margen de discrecionalidad basado en la confianza no puede hacerse en clara contradicción con los fines ínsitos a toda actuación administrativa, esto es, el servicio objetivo a los intereses generales de acuerdo con determinados principios, entre ellos el de eficacia.

### **3.3. La eficacia del procedimiento «concretizado»: el «subprocedimiento» de la toma de posesión del puesto**

La resolución final del procedimiento no agota necesariamente sus efectos con la adjudicación del puesto sin más, ya que es necesario perfeccionar y culminar el «nombramiento» con la «toma de posesión» de dicho puesto dentro del plazo que se establezca. Sobre uno y otro, tiempo atrás Serrano Guirado (1953, pp. 161, 163 y 177), precisó que el acto de nombramiento puede ser considerado como un acto especial. Es, citando a Jéze, una manifestación de voluntad que tiene por finalidad y efecto jurídico investir a una persona de una función pública. El carácter exclusivamente público del acto de nombramiento no resta eficacia a la voluntad del particular, que ha de considerarse como elemento positivo de la creación de la relación jurídica; el acto de consentimiento es imprescindible para la eficacia del nombramiento. La toma de posesión implica la aceptación del particular que ha sido colocado en la situación o estatus del funcionario. Por otra parte, es efecto inmediato del acto de nombramiento, y con éste forma la pretensión esencial del vencedor en la oposición o en el concurso.

Como regla general, el art. 49 RD 364/1995 establece que los destinos adjudicados son irrenunciables, salvo que antes de finalizar el plazo de toma de posesión, se hubiere obtenido otro destino mediante convocatoria pública, a la vez de considerarlos como voluntarios, ya que la participación también lo fue. Esta previsión del reglamento lo es tan solo respecto de los procedimientos administrativos de los concursos de méritos, pero nada se dice respecto de los procedimientos de libre designación, aunque fácilmente se puede deducir que sería aplicable también en este caso, sobre todo si tenemos en cuenta que para la toma de posesión se aplican de forma común para uno y otro las previsiones del art. 48 (ex art. 57). De esta forma, se puede advertir una cierta especie de supletoriedad en este apartado del procedimiento del concurso respecto de la libre designación.

<sup>37</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 31 de mayo de 2021, rec. n.º 1703/2019. En esta línea, relativa a la motivación y contenido del acto de cese de los funcionarios en puestos de libre designación, es interesante el trabajo realizado por Aliaga Rodríguez (2020).

La toma de posesión, con carácter ordinario, se prevé dentro de los tres días hábiles siguientes al cese en el anterior puesto de trabajo que desempeñaba el funcionario adjudicatario, cese que también debe producirse en el plazo de tres días hábiles siguientes a la publicación de la resolución del concurso en el *Boletín Oficial del Estado* o del boletín oficial correspondiente. En total, la incorporación al nuevo puesto en condiciones absolutamente normales (puestos de trabajo en el mismo municipio...) es de seis días hábiles desde la resolución final del procedimiento administrativo y su publicación. Ahora bien, el art. 48 antepone también las necesidades organizativas al inicio inmediato de los efectos que en la carrera profesional del funcionario/a –y también retributivos– pudiera suponer la adjudicación del nuevo puesto, de tal manera que la incorporación al nuevo puesto puede demorarse hasta tres meses. Este procedimiento viene a subdividirse en dos supuestos de hecho: el primero, que la unidad de destino del funcionario adjudicatario exprese razones de necesidad para los servicios que se presten en dicho ámbito, por lo que no proceda al cese del funcionario y pueda diferirlo hasta veinte días hábiles, comunicándose esta circunstancia a la unidad a que haya sido destinado. Este acto parece de obligada aceptación por parte de la nueva unidad de destino, que incluso sin mediar petición de la unidad originaria puede conceder una prórroga adicional de incorporación hasta un máximo de veinte días hábiles si el destino implica cambio de residencia y así lo solicita el interesado por razones justificadas.

El segundo procedimiento inicia una actuación contradictoria entre los intereses organizativos denominados «exigencias del normal funcionamiento de los servicios» de la unidad administrativa de procedencia respecto de la unidad en la que se inserta el puesto adjudicado, cuya mediación en caso de discrepancias se encomienda en el RD 364/1995 a la Secretaría de Estado para la Administración Pública, y que puede tener como efecto inmediato aplazar la fecha de cese hasta un máximo de tres meses, en los que se incluyen los veinte días hábiles antes señalados.

La trascendencia que estos actos administrativos tienen en la carrera administrativa del funcionario es elevada, ya que vienen a concretar el conjunto de elementos constitutivos de su estatuto. Por ello, podríamos calificar tanto el acto administrativo general de convocatoria de los procedimientos de provisión de puestos señalados –concurso y libre designación– como la resolución de adjudicación de los mismos como «actos-condición», tal y como el Tribunal Supremo lo refería respecto de las relaciones de puestos de trabajo<sup>38</sup>, dado que los efectos para la carrera profesional del funcionario/a que contienen son muy similares:

En virtud de la teoría configurada en la doctrina científica conforme a la figura, de origen francés, del acto-condición, operan en relación con los destinatarios reales potenciales (empleados públicos designados o aquéllos que estuvieran en posesión de los requisitos necesarios para serlo o haberlo sido) la función de transformar –o poder transformar– la expectativa o derecho al nombramiento en una situación jurídica generadora de los derechos y deberes propia del estatuto de puesto de trabajo de que se trate<sup>39</sup>.

### **3.4. El Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**

El propio RD 364/1995 trae de forma específica, a través de la disposición adicional octava, la aplicación de este reglamento al establecer que en materia de actos presuntos y de plazos para la resolución de los procedimientos administrativos de «gestión de personal» rigen sus disposiciones. El tenor literal del precepto no deja lugar a dudas sobre la extensión de su aplicación no solo a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo a los que nos venimos refiriendo, sino también a los restantes procedimientos contenidos en el RD 364/1995.

Respecto de las dudas surgidas sobre una supuesta derogación de este RD 1777/1994, debemos detenernos previamente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establecía una la regulación general de silencio

<sup>38</sup> Sobre el concepto de *acto-condición*: «A semejanza de como el nombramiento del funcionario opera como acto-condición para la aplicación del ordenamiento funcional, unilateralmente establecido por el Estado, el hecho de la autoorganización por parte de la Administración de sus distintos puestos de trabajo opera como acto-condición para la aplicación en cada puesto de los distintos aspectos del estatuto funcional singularizados en la configuración del puesto» (STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 5 de febrero de 2014, rec. n.º 2986/2012).

<sup>39</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 20 de enero de 2015, rec. n.º 1691/2013.

administrativo (en sentido estimatorio), pero que podría quedar afectada reglamentariamente, trastocando la norma general del sentido del silencio, al establecer una adecuación de los distintos procedimientos administrativos por dicha vía, todo ello en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de la Ley<sup>40</sup>. Este reenvío a la normativa general de procedimiento administrativo, efectuado por el RD 364/1995, o, mejor, a sus efectos reglamentarios inmediatos, no hacen sino constatar la idea general ya expuesta de que la LPAC es de aplicación plena a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo –si es que cabía alguna duda al respecto–, a pesar del destacado papel adquirido por la regulación reglamentaria de estos procedimientos.

Pero la cuestión fundamental, como decíamos, es si este Real Decreto 1777/1994, tras la entrada en vigor de la LPAC de 2015, podía entenderse derogado, dado que el art. 24 de la misma establecía que la excepción de la regla general de silencio estimatorio debía realizarse mediante ley o una norma de derecho de la UE<sup>41</sup>.

Las dudas quedaron resueltas cuando la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 25 de mayo de 2019, rec. n.º 246/2016, reafirmó su vigencia: «Resulta patente que ningún real decreto posterior ha derogado el RD 1777/1994 (art. 2.2 C. Civil)», sin perjuicio de que sí «ha sido afectado en expresión de la propia sentencia por normas con rango legislativo, en concreto el RD Ley 8/2011, que, por otro lado, en nada afecta a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo».

#### 4. LA SINGULAR REFERENCIA DE LA LEY 39/2015 A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CONCURRENCIA COMPETITIVA

##### 4.1. El principio *pro actione* y de subsanabilidad frente al formalismo enervante

La Ley Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC) incluye algunas referencias respecto a los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva que denota no ya su plena aplicación a los procedimientos administrativos de provisión de puestos en todas sus fases, con preferencia a la regulación sectorial, sino que tienen como objetivo último la protección de esa misma concurrencia competitiva. Precisamente, el art. 68 LPAC, en relación con la subsanación y mejora de la solicitud en el inicio de un procedimiento administrativo a instancia de persona interesada, hace la salvedad de que no puede ampliarse el plazo de subsanación a los cinco días adicionales en estos procedimientos de concurrencia competitiva. Con ello, el legislador viene a reforzar la imparcialidad, evitando decisiones de la Administración que puedan ir más allá de la protección de la concurrencia básica dentro del proceso. Añadimos a esta concreta previsión legislativa que el principio *pro actione* garantiza la no vulneración del principio de igualdad y libre concurrencia, tal y como lo ha reflejado una constante y clara línea jurisprudencial que lo considera aplicable al conjunto de los procedimientos administrativos.

En este sentido, el Tribunal Supremo, aunque dirigida al ámbito procesal judicial contencioso administrativo, se manifiesta siempre para la consecución de una resolución final del procedimiento administrativo y respecto de esto mismos procedimientos:

El principio *pro actione* de acceso a la resolución de fondo de los recursos, también es predicable respecto de los recursos administrativos. En la Sentencia de esta Sala y Sección de 30 de diciembre de 2011 (Casación 208/2008) declaramos que (...) de acuerdo con lo dispuesto en el art. 117.3 CE, los tribunales de este orden de jurisdicción contencioso-administrativo quedamos compelidos a interpretar las normas procesales, cuando del derecho de acceso a la jurisdicción se trata, no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en un sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por un formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Disposición adicional 3.ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>41</sup> La excepción general así se expresaba en el propio art. 24: «Excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general».

<sup>42</sup> STS, Contencioso, Sección 5.ª, de 15 de noviembre de 2012, rec. n.º 6999/2010.

Ciertamente que el rigor procedimental predicable y deducible en los procedimientos administrativos en la provisión de puestos de trabajo es una garantía de imparcialidad, pero no puede terminar en el «rigorismo» o el «formalismo enervante» por cuanto que siempre ha de darse paso a la posibilidad de aplicar el principio de equidad como elemento conformador de la proporcionalidad en la toma de decisiones dentro del procedimiento, especialmente en los de provisión de puestos, y con mención especial respecto del procedimiento de libre designación, el menos «formalizado» a este respecto. La conclusión es clara: no toda irregularidad, defecto u omisión es motivo de exclusión del procedimiento de los interesados en el mismo. En este sentido, y con la idea de anteponer el fin del procedimiento al medio, la STC 86/2022<sup>43</sup> señalaba que «el principio *pro actione*, que se opone a toda interpretación de los requisitos de procedibilidad que carezca de motivación o sea arbitraria, irrazonable o incurra en error patente, imponiendo asimismo la prohibición de las decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra causa muestren una palpable desproporción entre los fines que aquellos motivos protegen y los intereses que sacrifican<sup>44</sup>». Por su parte, la STS, Contencioso, Sección 3.ª, de 26 de enero de 2015, n.º de recurso 1526/2013, quizás de una forma un tanto reduccionista, identifica «el principio de equidad» con el de «mitigación del rigor de la norma en relación con el caso concreto», pero que, desde luego, participa en la idea de que el gestor y responsable del procedimiento debe tener en cuenta estos principios de adaptación a la especificidad del caso concreto. Si bien la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 19 de diciembre de 2013, n.º de recurso 1240/2012, a la par de ampliar la anterior visión, generaliza su aplicación a todo el ordenamiento jurídico:

No obstante lo anterior, esta Sala cree conveniente recordar que la equidad, según establece el art. 3.2 del Código civil, es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico.

Equidad que ha de partir, según esta misma jurisprudencia, «de las propias bases de convocatoria<sup>45</sup>».

A pesar de esto, este mismo tribunal ha declarado que «la equidad que no es fuente autónoma del Derecho ni se superpone a la utilización conjunta de los diferentes criterios interpretativos; aparece en el Código Civil como un último criterio de corrección de la excesiva generalidad de la norma para evitar su rígida aplicación cuando ello resulta inadecuado al caso concreto que parece regular<sup>46</sup>».

Por tanto, esta limitación del apartado 3 del art. 68 LPAC no se proyecta sobre las previsiones y amplitud otorgada por el apartado 1 del mismo art. respecto de la posibilidad de la subsanación y mejora de la solicitud en cualquier procedimiento administrativo de provisión de puestos, sino sobre la propia capacidad del órgano administrativo que con sus actuaciones pudiera falsear la concurrencia competitiva y sus principios dimanantes. Ni puede servir, por otro lado, como justificación de un «rigor procedimental» el tenor literal del precepto, ni siquiera como inicialmente interpretó la Administración en denegar la capacidad de subsanación a los participantes en procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva porque, como afirma el Tribunal Supremo, «si se prohíbe dicha ampliación, es claro que el precepto autoriza la concesión del plazo de los diez días cuando se trate de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, como es el caso planteado»<sup>47</sup>.

#### 4.2. La efectiva extensión del principio de subsanabilidad y sus límites

El art. 68 LPAC establece que en todo procedimiento, si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos señalados por la propia LPAC u otros exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que en un plazo de diez días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución administrativa. Y el art. 73 LPAC, de igual forma y referido al conjunto de las distintas fases del procedimiento,

<sup>43</sup> STC 86/2022, de 27 de junio de 2022. Recurso de amparo 2268-2021.

<sup>44</sup> Doctrina constitucional recogida, entre otras, en las SSTC 10/2008, de 21 de enero, FJ 2; 128/2014, de 21 de julio, FJ 3; 124/2015, de 8 de junio, FJ 3, y 101/2019, de 16 de septiembre, FJ 3, y que ha sido sistematizada en la reciente STC 85/2020, de 20 de julio. Tal y como la propia STC 86/2022 en su FJ 3.º.

<sup>45</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 15 de abril de 2013, rec. n.º 6449/2011.

<sup>46</sup> STS, Contencioso, Sección 2.ª, de 20 de febrero de 2012, rec. n.º 5687/2010.

<sup>47</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 4 de febrero de 2003, rec. n.º 3437/2001.

señalaba que cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.

Ambos preceptos han sido objeto de una amplia aplicación e interpretación jurisprudencial al respecto de los efectos y la idea fundante pretendida por el legislador en los procedimientos de concurrencia competitiva, tanto en la vertiente de pruebas de acceso como en la provisión de puestos de trabajo. La jurisprudencia que destacaremos es absolutamente clara en cuanto al principio de subsanabilidad y su proyección dentro de estos procedimientos administrativos, ampliando los supuestos y casos sobre los que aplicarse.

En primer término, y dada la especial situación que las bases tienen dentro de cada convocatoria en cuanto régimen regulador del propio procedimiento, la jurisprudencia advierte que «sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, debe reiterarse que su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del art. 23.2 CE y, en consecuencia, deberá ser rechazada cualquier aplicación de las mismas que conduzca a un resultado que no sea compatible con el derecho reconocido en el precepto constitucional que acaba de mencionarse<sup>48</sup>». Lo cual obliga a una interpretación proporcional de las mismas facilitando el principio *pro actione*, predominando siempre el carácter tuitivo respecto de la concurrencia real de los interesados y el antiformalismo procedimental, aunque siempre desde el marco de la seguridad jurídica.

Ha de partirse de que la jurisprudencia de los años ochenta del siglo pasado ya había declarado plenamente subsanable, dentro del plazo de diez días, previo requerimiento por parte de la Administración, por ejemplo, el defecto relativo a la no presentación del documento acreditativo<sup>49</sup> para aquellos participantes que fueran objeto de exclusión.

Lo cual conlleva, como señalara la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 10 de diciembre de 2018, rec. n.º 787/2016<sup>50</sup>, a que se reafirme de forma clara que el art. 71 de la Ley 30/1992 (hoy 68 de la Ley 39/2015) es plenamente aplicable a los procedimientos de concurrencia competitiva tanto en procedimientos de selección y como de provisión respecto de requisitos de subsanación<sup>51</sup>, de tal manera que el propio Tribunal Supremo, en relación con estos dos arts. de la LPAC, extrae la existencia de un principio de subsanabilidad<sup>52</sup> que debe ser una constante y proyectarse en todas y cada una de las fases procedimentales en los procedimientos de provisión de puestos.

Aún más, para González Ríos (2018, p. 159) el principio de subsanación de la solicitud constituye –según el Tribunal Constitucional– uno de los trámites que conforman el procedimiento administrativo común de competencia estatal. Concretamente, formaría parte de lo que el Alto Tribunal califica como «principios o normas que definen la estructura general del procedimiento que debe seguir la Administración en su actuación». Sin embargo, la Administración ha venido interpretando de manera restrictiva este trámite, especialmente en estos procedimientos, argumentando su no aplicabilidad bajo la aparente protección de concurrencia competitiva desde la aplicación rígida e inflexible de la norma.

Ahora bien, la subsanabilidad parte también del hecho de que, como también declaraba el Tribunal Supremo, «no se trata de autorizar la presentación de nuevos méritos fuera de plazo, ya que los discutidos constaban todos en el expediente. Por el contrario, se trata, simplemente, de superar la deficiencia meramente formal del concreto documento justificativo presentado<sup>53</sup>».

Qué sea el concepto de «deficiencia meramente formal» será lo que también nos describa la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

<sup>48</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 18 febrero de 2009, rec. n.º 8926/2004.

<sup>49</sup> La STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 8 de febrero de 2016, rec. n.º 4202/2014 en el FD2.º, enumera esta línea jurisprudencial: sentencias de 18 de octubre de 1976, 13 de julio de 1987, 8 de noviembre de 1988, 12 de abril de 1989 y 26 de mayo de 1989, siendo destacable la sentencia de 16 de mayo de 1983.

<sup>50</sup> La sentencia prosigue una línea jurisprudencial clara manifestada en las STS de 17 de octubre de 2011 (casación n.º 6198/2008) y de las que en ella se citan al igual que de las posteriores n.º 1186/2018, de 10 de julio (casación n.º 246/2016).

<sup>51</sup> La STS, Contencioso, Sección 6.ª, de 28 de febrero de 2022, rec. n.º 392/2021, así lo expresa: «Sobre la subsanabilidad en procedimientos de concurrencia competitiva, concretamente en concursos oposiciones y que pueden trasladarse a los procedimientos de provisión, se ha pronunciado de forma repetida y siempre con un marcado carácter protector del afectado y del procedimiento».

<sup>52</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 1 de julio de 2021, rec. n.º 1928/2020.

<sup>53</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 20 de mayo de 2011, rec. n.º 3481/2009. En la propia sentencia se hace referencia a la amplia línea jurisprudencial a este respecto: la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de fecha 4 de febrero de 2003; la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 14 de septiembre de 2004 (rec. n.º 2400/1999); la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de fecha 4 de mayo de 2009 (rec. n.º 5279/2005); la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 30 de diciembre de 2009 (rec. n.º 1842/2007); la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 28 de septiembre de 2010 (rec. n.º 1756/2007).

En este sentido, se admite la posibilidad de que «a falta de requerimiento para subsanar que conforme al art. 71 de la ley 30/92 debía hacer la Administración convocante, la presentación de la hoja de servicios en trámite de recurso de alzada debe entenderse como subsanación bastante del defecto invocado por la Administración<sup>54</sup>». Otra sentencia amplía esta línea de subsanación y llega incluso a admitir que «procederá admitir la subsanación de posibles omisiones de los méritos ya alegados, en la fase del recurso de alzada o reposición, en su caso, sin necesidad de requerimiento previo<sup>55</sup>. Se llegan a admitir «publicaciones aportadas por fotocopias y no por originales sin requerimiento de subsanación si bien fueron aportadas sin tal requerimiento en la fase de concurso tras haber sido aducido si bien justificado de manera formalmente insuficiente<sup>56</sup>».

Esta jurisprudencia justifica en el principio de proporcionalidad, por otro lado, el grado de subsanabilidad que aplicar respecto de los documentos exigidos en las bases de convocatoria y en la acreditación de los méritos a evaluar por las comisiones de valoración y los tribunales<sup>57</sup>. Es más, ambos principios se ven concernidos dadas las características del principio de proporcionalidad, el cual, como señala Junceda Moreno (2008, p. 121), aunque entronque con otros valores y principios próximos, y pese a que no tenga en sí mismo operatividad autónoma, sí goza en cambio de relevante cariz constitucional de primer orden y constituye así un canon de constitucionalidad de los poderes públicos, especialmente de las Administraciones, las cuales habrán de atemperar a él su actuación al proceder en la resolución de todo conflicto. Para la STC 175/1997, el principio de proporcionalidad y su aplicación «se descompone en tres juicios: el de idoneidad, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto; el de necesidad o subsidiariedad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental, y el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación entre los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto». Y, como consecuencia de ello, también le acerca a la motivación de los actos administrativos sobre los que se proyecta.

En la línea apuntada de la máxima apertura y aplicabilidad del principio de subsanación, la STS, Contencioso, Sección 6.ª, de 28 de febrero de 2022, rec. n.º 392/2021, ofrece una amplia exposición del estado de la cuestión junto a los principios inspiradores que deben regir todo procedimiento administrativo de provisión de puestos:

La especial virtualidad que ha de darse a los derechos fundamentales, como lo es el reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, aconseja valorar la conducta de todo aspirante en procesos selectivos con criterios de racionalidad y proporcionalidad; y esto lo que comporta es la necesidad de descartar interpretaciones formales rigoristas que, por excesivas obstaculicen la prioridad que ha de darse a quien en el proceso selectivo haya alcanzado mayores cotas en lo relativo al mérito y la capacidad y, en esta misma línea, conduce también a permitir la subsanación de errores formales cuando en la instancia inicial sea deducible la voluntad de invocar el concreto mérito al que esté referida la subsanación, aunque el interesado la haya expresado de manera errónea y lo haya justificado de manera incompleta o insuficiente.

Como puede observarse el juzgador va más allá y da poderes concretos a la propia Administración –o al órgano colegiado técnico evaluador– para que, bajo los principios *pro actione*, de proporcionalidad y de subsanabilidad pueda deducir una conducta errónea en el interesado, de tal manera que pueda subsanar el concreto mérito y dar lugar así a la plena evaluación del candidato.

Es más, es una obligación de la Administración ofrecer a los interesados la posibilidad de subsanar defectos o insuficiencias observados en sus solicitudes<sup>58</sup>. Así es expresado, cuando:

<sup>54</sup> STS, contencioso, de 9 de febrero de 2016, rec. n.º 4202/2014.

<sup>55</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 29 de noviembre de 2018, rec. n.º 2037/2016. Esta sentencia desde luego vienen a dar un paso más, y, en concreto, sobre la cuestión de ampliar la posibilidad de subsanar incluso sin requerimiento previo, que ya considera, no obstante, una línea jurisprudencial consolidada. Cita para ello diversos pronunciamientos tales como: las Sentencia de 26 de diciembre 2012, rec. casación 694/2012, se recordó las Sentencias de esta Sala y Sección de 25 de abril de 2012, rec. casación 1222/11, y 16 de mayo de 2012, rec. casación 4664/11.

<sup>56</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 25 de octubre 2012, rec. n.º 1417/2011.

<sup>57</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 12 de mayo de 2012, rec. n.º 4664/2011: «No acorde con el principio de proporcionalidad, privar de la valoración de un mérito a quien había acreditado en tiempo los aspectos sustantivos del mismo aunque no hubiera satisfecho alguno de los meramente formales (...). Si el tribunal calificador entendió que los certificados aportados por la recurrente no se ajustaban a lo exigido en las bases (...) se debió haber solicitado la subsanación correspondiente».

<sup>58</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 20 de marzo de 2018, rec. n.º 2848/2015.

con mayor razón ha de aceptar que la consignación de un mérito en un apartado equivocado en la auto baremación no puede tener como castigo la no valoración del mérito alegado en tiempo oportuno. Al fin y al cabo, incumbe al tribunal de Selección la revisión de si la inclusión de un mérito en un apartado u otro de la auto baremación es la adecuada o no. Una vez alegado el pertinente mérito su errónea inserción en un apartado no pueda conllevar su exclusión total del cómputo sino la inclusión por el tribunal de selección en la valoración de la actividad formativa que corresponda conforme a las Bases<sup>59</sup>.

Obligación de la Administración que se extiende a dar la posibilidad de subsanar a la interesada cuando en su solicitud de concurso de traslados no incluyera los destinos de su elección y ello a pesar de no contemplarse en las bases de la convocatoria período para subsanar las deficiencias observadas en las solicitudes<sup>60</sup>.

En este orden de cosas la reciente jurisprudencia se ha detenido en los «problemas técnicos» que, en ocasiones, surgen en estos procedimientos administrativos realizado a través de las sedes electrónicas en la fase de iniciación y ha optado en la línea subsanatoria antes apuntada. Y así se declara que «sería sumamente difícil –por no decir imposible– argumentar que la previsión legal del carácter subsanable de la omisión de firma en las solicitudes no es aplicable a las solicitudes presentadas por vía electrónica. Ello vale igualmente para aquellas omisiones que, sin referirse a la firma electrónica propiamente dicha, afectan a la “acreditación de la autenticidad de la voluntad” del solicitante, como podría ser el paso final de validar lo formulado y enviado por vía electrónica<sup>61</sup>». Igual que los casos en que «no realiza ni firma electrónica de su solicitud ni realiza el registro de la misma en el registro electrónico», que considera el Tribunal Supremo «son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma», a la sazón el art. 68 de la LPAC<sup>62</sup> Porque, insiste el Tribunal Supremo, «la Administración debe, en todo caso, dar la posibilidad de subsanación cuando el interesado reacciona frente a su no inclusión en la lista de admitidos y acredita que sólo omitió el paso final, esto es, la firma electrónica y el registro de su solicitud<sup>63</sup>», con independencia de los problemas técnicos que hubieran podido producirse.

En consecuencia, no se puede tener por decaído en su derecho al solicitante sin previo requerimiento de subsanación. Doctrina que sin lugar a duda es extensible, con las adaptaciones pertinentes, a los procedimientos de provisión de puestos.

Otra variante también asumida por el Tribunal Supremo es el caso en que habiéndose alegado méritos evaluables y no habiendo requerimiento previo por parte de la Administración, podría aportarse al procedimiento nuevos documentos acreditativos de los mismos incluso en una fase de recurso establecida por el órgano técnico evaluador<sup>64</sup>. Debemos recordar que con las adaptaciones precisas, el art. 76.1 de la LPAC establece que «los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución». Incluso y no obstante esta cuestión, es decir, «la doctrina de la Sala sobre el alcance y posibilidad de aplicación del artículo 68.1 de la Ley 39/2015 para la subsanación de documentos acreditativos de los méritos alegados, ni siquiera para los supuestos en los que la Administración no hubiese otorgado ese trámite y hubiese sido intentado sin éxito en vía jurisdiccional», el Tribunal Supremo ha admitido, desde el principio de *iura novit curia*, que el propio Tribunal juzgador pueda subsanar en sede jurisdiccional la documentación incompleta presentada para la acreditación de méritos valorables en proceso selectivo para el ingreso en la función pública<sup>65</sup>.

<sup>59</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 29 de noviembre de 2018, rec. n.º 2037/2016.

<sup>60</sup> En efecto, así lo establece la reciente STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 13 de noviembre de 2024, rec. n.º 3563/2022: «En consecuencia, la ajustada a Derecho es la solución seguida por la sentencia del Juzgado y no la adoptada en la apelación. Los preceptos legales no se fijan en la relevancia específica del defecto que presente la solicitud y, obviamente, el silencio de las bases de una convocatoria como la que nos ocupa sobre la subsanación de omisiones o errores no exime de vigencia a los preceptos legales que la prevén también en los procesos selectivos. Así, pues, tiene razón la sentencia del Juzgado, Osakidetza infringió los arts. 68.1 y 73.2 de la Ley 39/2015 y, efectivamente, la de apelación, al confirmar la actuación administrativa, incurre también en esa infracción, por lo que ha de ser anulada».

<sup>61</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 31 de mayo de 2021, rec. n.º 6119/2019. También las Sentencias de 16 de junio y de 6 de julio de 2021 (rec. n.º 7452/2019 y 814/2020) y STS, Contencioso, Sección 4, de 1 de diciembre de 2021, rec. n.º 6969/2019.

<sup>62</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 7 de julio de 2022, rec. n.º 692/2020.

<sup>63</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 12 de julio de 2023, rec. n.º 6947/2021.

<sup>64</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 19 de mayo de 2015, rec. n.º 1328/2015.

<sup>65</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 10 de abril de 2024, rec. n.º 1312/2023.

A la vista queda, pues, cómo este principio de subsanación y el antiformalismo en la ordenación y sustanciación del procedimiento es una constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que busca adaptarse a las nuevas circunstancias técnicas del procedimiento administrativo y expandirse sobre nuevos supuestos buscando la plena aplicabilidad de la concurrencia competitiva (ex art. 23.2 CE). Sin duda que podemos encontrar un cierto paralelismo con la evolución jurisprudencial relativa al control de la discrecionalidad técnica ejercida por los tribunales de pruebas selectivas y comisiones de valoración.

Finalmente, ha de hacerse una mención expresa a situaciones procedimentales que suponen la no valoración de ciertos méritos o, incluso, la propia *expulsión* del procedimiento de algún candidato, sobre las que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha respondido con contundencia a ciertas prácticas de rigor extremo por parte de la Administración, a pesar de que el legislador parece dejar claro cuándo ha de tenerse por excluido la valoración de méritos individuales de forma parcial o de los interesados en su totalidad. Y así, frente a estas prácticas administrativas, el art. 68.1 de la LPAC respecto de las solicitudes de participación que necesitaran ser subsanadas o mejoradas con el aporte de documentación adicional, prevé –aunque estos efectos han de advertirse previamente– que en el caso de no ser atendidos los requerimientos por parte del interesado se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución administrativa. De igual forma, este desistimiento puede ser el resultado respecto del art. 73 de la LPAC, ya referido a actos de instrucción y finalización del procedimiento, y que también establece la posibilidad de la subsanación de los posibles defectos de los que adolezcan en un plazo de diez días, si bien bajo la apreciación de la propia Administración. Ambos preceptos son prueba evidente de este principio de subsanabilidad como elemento de protección de los interesados en el procedimiento.

Es cierto que el principio de subsanabilidad tiene sus límites, uno de los cuales es el desistimiento del interesado, que, por ser una forma de terminación del procedimiento, necesita de ciertos actos formales que lo acrediten. Al respecto, el Tribunal Supremo, señala como doctrina casacional incardinada en el art. 68.1 LPAC:

En definitiva, el desistimiento (...) en relación con el citado art. 68.1, por el transcurso del plazo de 10 días, precisa para su validez que sea declarado, por razones de seguridad jurídica y como garantía de la igualdad, mediante «previa resolución» de la Administración. En caso de no hacerlo, como en el supuesto examinado, la posterior denegación al tiempo de realizar la valoración definitiva no puede dar cobertura a la denegación de la subsanación ya formalizada, aunque haya sido extemporánea pero acaecida antes de declararse ese desistimiento<sup>66</sup>.

La inexistencia de una resolución administrativa para declarar el «desistimiento parcial» puede dejar abierta la subsanación para seguir completando la documentación o mejora que hubiera sido necesaria a efectos de su valoración. Lo contrario puede provocar la anulación del procedimiento por la existencia de indefensión al no poder, en su caso, hacer valer sus alegaciones ante la Administración<sup>67</sup>.

Esta doctrina casacional que complementa al art. 68.1 LPAC es especialmente protectora del interesado dentro del procedimiento administrativo de provisión de puestos, lo cual no hace sino incidir en el derecho que todo interesado tiene dentro del procedimiento a conocer el estado de la tramitación del procedimiento, a formular alegaciones y aportar documentos en el momento procedimental oportuno (ex art. 53.1 a) e) LPAC). De esta manera, la exclusión de un procedimiento de provisión de puestos de trabajo solo podría venir dada por no reunir los requisitos sustanciales de participación, si bien ello debe realizarse mediante la correspondiente resolución administrativa expresa. Esto responde no solo al principio general que obliga a la Administración a dictar resolución expresa en todo procedimiento, sino también por el propio principio de concurrencia y de igualdad, dimanante del art. 23.2 CE<sup>68</sup>, ya que, como también señala el Tribunal Supremo, la posición de un aspirante es «cualificada» porque, en el marco del art. 23.2 de la Constitución, aspira a progresar en el empleo público por razones de mérito y capacidad con los requisitos previstos por las leyes<sup>69</sup>. Razones a las que añadir el propio principio de confianza legítima –que arrastra tras de sí el de seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares– y que, en palabras del Tribunal Constitucional, citado expresamente por el Tribunal Supremo, constituye un valor central del ordenamiento jurídico y su protección obliga a examinar las circunstancias específicas que concurren en cada

<sup>66</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 22 de marzo de 2022, rec. n.º 4644/2020.

<sup>67</sup> STS, Contencioso, Sección 2.ª, de 2 de marzo de 2016, rec. n.º 1315/2014.

<sup>68</sup> STS, Contencioso, Sección 6.ª, de 30 de diciembre de 2020, rec. n.º 184/2019.

<sup>69</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 13 de mayo de 2020, rec. n.º 312/2018.

caso, tomando en consideración especialmente la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y su alcance<sup>70</sup>.

## 5. EL PRINCIPIO DE SUBSANABILIDAD Y PROCEDIMIENTO DE PROVISIÓN MEDIANTE LIBRE DESIGNACIÓN

Los dos principales procedimientos de provisión de puestos (el concurso y la libre designación), que representan la concurrencia competitiva bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad desde la condición funcional, manifiestan una regulación muy desigual en cuanto a los requisitos procedimentales a cumplimentar. De la misma manera que la regulación legislativa y reglamentaria establecida para el concurso reserva prescripciones procedimentales detalladas y requisitos evaluadores, también singulares, de tal manera que las bases de cada convocatoria limitan su margen de discrecionalidad, no ocurre lo mismo con los procedimientos de provisión mediante libre designación. Las escasas referencias normativas parecen dejar un amplio margen de maniobra a la Administración convocante, que tan solo se ve limitada por las condiciones de desempeño establecidas en la relación de puestos de trabajo y las que se señalan el art. 59 del RD 364/1995: la descripción del puesto y requisitos para su desempeño y las especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones encomendadas al mismo. En este último caso, incluso es potestativa su inclusión. Ciertamente, el margen de precisión de cada convocatoria puede venir marcada por sus bases reguladoras, pero la realidad es que la Administración se ha reservado ingentes poderes discrecionales<sup>71</sup> en la selección de estos candidatos. Tales que, incluso previamente a la evaluación de los mismos, pueda excluir de forma automática y sin más preámbulos aquellos que, por ejemplo, presentaran defectos formales en sus solicitudes, omitiendo con ello no solo aplicación de los principios de subsanación y antiformalismo que hemos estudiado detenidamente, sino también toda resolución administrativa explícita en este sentido de la exclusión.

El Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado (julio 2024) parece añadir a través de su art. 35 ciertos límites –sin duda mayores a los que en la se contempla en la legislación actual y que hemos destacado– a dicha «apreciación discrecional» en relación con el factor «motivación» de la resolución de adjudicación, pero no presenta novedad alguna en cuanto al procedimiento *stricto sensu* y, por ende, a su propia transparencia. Entendemos que es absolutamente necesario de cara a los fines del art. 23.2 CE según hemos expuesto y a la seguridad jurídica de los concurrentes en este procedimiento administrativo, que sean aplicados los principios de subsanabilidad y proporcionalidad y, en este caso, no por su relación con el ya clásico doctrinal y jurisprudencialmente definido principio antiformalista del procedimiento administrativo, sino precisamente por carecer en algún momento de los elementos reglados necesarios para concretar esa «apreciación discrecional» en la finalización del procedimiento.

La ingente labor jurisprudencial, tal y como hemos expuesto, ha ido tendiendo a posibilitar cada vez con mayor detalle y de forma más flexible la participación de los interesados en el procedimiento, facilitando precisamente la concurrencia competitiva: primero mediante la subsanación de las solicitudes de participación y, en segundo término, a través de la más aproximada y real evaluación de sus méritos en los procedimientos de concurrencia. Nada impide –es más, es obligado– trasladar estos principios a los procedimientos de provisión mediante la libre designación. Ninguna forma de provisión que se incardine en un procedimiento de concurrencia competitiva (ex art. 23.2 CE), por flexible que sea en cuanto a su procedimiento y evaluación –la libre designación es el ejemplo paradigmático–, justifica su no aplicación.

Algunos legisladores autonómicos conscientes de ello, en las distintas leyes de función pública, respecto del sistema de provisión de libre designación, han añadido algunas precisiones que apuntan, si quiera de forma indirecta, a una «mayor protección» procedimental para los candidatos concurrentes. Así, por ejemplo, la Ley de Función Pública Extremeña, que establece la necesidad de un informe previo del titular del centro, organismo o unidad a que figure adscrito el puesto convocado<sup>72</sup>, o lo que su homóloga de Castilla La Mancha

<sup>70</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 14 de enero de 2020, rec. n.º 4816/2017.

<sup>71</sup> Como muestra un botón: la Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia, en su art. 92.1 describe de forma clara el *modus operandi* procedimental: «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». Esta expresión «apreciación discrecional» viene a reproducirse en el art. 35.1 del Proyecto de Ley.

<sup>72</sup> El art. 124.4 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, determina además que debe quedar acreditado en el expediente los criterios determinantes de la adjudicación del puesto. En este mismo sentido, el art. 51 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León.

establece, aunque de forma potestativa, y es que el órgano competente para la designación puede recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de las personas candidatas<sup>73</sup>. Posibilidad que también se incluye en la reciente Ley de Función Pública de Andalucía<sup>74</sup> y en el Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado (julio 2024)<sup>75</sup>.

Por tanto, la amplia discrecionalidad de la que goza la Administración en esta forma de provisión hasta el momento tan solo se ve limitada por ciertos requisitos –algunos meramente potestativos, como la inclusión del perfil del puesto–, que hacen necesario de todo punto la aplicación por los gestores de los principios jurisprudenciales señalados. Aunque, sin duda, se añadirían mayores garantías al procedimiento con aquellos actos que ayuden a comprobar fehacientemente quiénes son los candidatos concurrentes y destacar si han sido admitidos o no al procedimiento de provisión, previamente a su evaluación, y que son *per se* estrictamente procedimentales.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. La actual regulación del procedimiento administrativo de la provisión de puestos de trabajo del personal funcionario manifiesta ciertas carencias en cuanto a lo que supone la protección de la concurrencia competitiva como máxima constitucional derivada del art. 23.2 CE.

2. Esta actual carencia normativa puede verse corregida por la aplicación de los principios de subsanabilidad y *pro actione*, no solamente en el procedimiento a priori más complejo en su diseño e *iter* procedimental, el concurso, sino también del procedimiento de libre designación, que necesita, a todas luces, de un cierto grado de requisitos formales que aseguren precisamente esa concurrencia competitiva y, a la par, el sometimiento de la Administración al propio procedimiento.

3. Siempre se ha reprochado la opacidad en la provisión de puestos de trabajo mediante el procedimiento de libre designación, por lo que, sin perder el sentido de la flexibilidad y la oportunidad, la Administración debe explicar su actuación en todo el procedimiento y facilitar esta concurrencia competitiva desde el inicio hasta la resolución administrativa adjudicataria de este. Entendemos que estas consideraciones en torno a estos tipos procedimentales pueden ayudar a ello.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aliaga Rodríguez, R. (2020). El cese en los puestos de libre designación. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (205), 285-322.
- Coscolluela Montaner, L. (2022). *Manual de Derecho Administrativo. Parte general I*. Aranzadi La Ley.
- Ferreira Fernández, A. X. (2002). *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*. INAP.
- García-Trevijano Fos, J. A. (1967). *Tratado de Derecho Administrativo* (tomo III, vol. 1). Edersa.
- Garrido Falla, F. (1958). La eficacia de los actos administrativos en la nueva Ley de Procedimiento. *Revista de Administración Pública*, (26), 207-229. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-26-mayoagosto-1958/la-eficacia-de-los-actos-administrativos-en-la-nueva-ley-de-procedimiento-3>
- González Ríos, I. (2018). La vis expansiva del concepto «procedimiento administrativo común» en nuestros días. *Revista de Administración Pública*, (207), 127-175. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.06>
- Guillén-Caramés, J. y Fuentetaja Pastor, J. A. (2011). El principio de objetividad en la Función Pública (un análisis desde la jurisprudencia). *Documentación Administrativa*, (289), 151-182. <https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10073>
- Junceda Moreno, J. (2008). Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores. *Documentación Administrativa*, (280-281), 119-131. <https://doi.org/10.24965/da.v0i280-281.9604>
- López Menudo, F. (2003). Naturaleza y significación general de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. *Revista Catalana de Dret Públic*, (16), 19-35. <https://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/1839>
- Martínez de Pisón Aparicio, I. (1995). *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*. Civitas.
- Meilán Gil, J. L. (2017). El carácter estructural de la norma y el acto administrativo. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 67(268), 568-594. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.268.61014>

<sup>73</sup> Art. 70 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

<sup>74</sup> Art. 128.4 de la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía.

<sup>75</sup> En efecto, el art. 35.6 establece: «El órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de las personas candidatas».

- Míguez-Macho, L. (2013). El principio de objetividad en el procedimiento administrativo. *Documentación Administrativa*, (289), 99-127. <https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10071>
- Morell Ocaña, L. (1998). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. La actividad de las Administraciones públicas, su control administrativo y jurisdiccional*. Aranzadi.
- Palomar Olmeda, A. (2007). Ordenación de la actividad profesional. En M. Sánchez Morón (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (pp. 431-477). Lex Nova.
- Parada Vázquez, J. R. y Fuentetaja Pastor, J. A. (2019). *Derecho de la Función Pública*. Civitas.
- Parejo Alfonso, L. (2020). *Lecciones de Derecho Administrativo* (10.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Prieto Álvarez, T. (2009). La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción. *Revista de Administración Pública*, (178), 215-247. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-178-eneroabril-2009/la-encrucijada-actual-de-las-relaciones-especiales-de-sujecion-2>
- Serrano Guirado, E. (1953). El nombramiento y la toma de posesión de los funcionarios públicos. *Revista de Administración Pública*, (12), 161-184. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-12-septiembrediciembre-1953/el-nombramiento-y-la-toma-de-posesion-de-los-funcionarios-publicos-3>