

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL NOMBRAMIENTO DE DIRECTORES GENERALES NO FUNCIONARIOS (Comentario a la sentencia de 3 de septiembre de 2010)

DAVID DELGADO RAMOS
Doctorando en Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.—II. MARCO JURÍDICO.—III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. *Antecedentes: la sentencia de 21 de marzo de 2002.* 2. *Hacia la consolidación doctrinal: la sentencia de 7 de diciembre de 2005.* 3. *Un paso atrás que consolida: la sentencia de 6 de marzo de 2007 y las de 21 de enero de 2009.* 4. *La consolidación definitiva: la sentencia de 3 de septiembre de 2010.*—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo consiste en exponer la evolución doctrinal de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con el nombramiento de directores generales no funcionarios al amparo de la excepción contenida en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que prevé dicha posibilidad. Excepción de la que se ha hecho un uso a veces excesivo y por el que la Sala ha consolidado una doctrina basada en la justificación objetiva y concreta para que dicho nombramiento sea ajustado a Derecho.

Palabras clave: director general; función pública; funcionarios; excepción; profesionalización.

ABSTRACT

The aim of this article is to explain the doctrinal evolution of the Spanish Supreme Court regarding the designation of general managers non-civil servants, based on article 18.2 of Law 6/1997, April 14th, of Organisation and Development of the State's General Administration, which allows this possibility. This exception has been used, at some points, exceedingly. Therefore the Supreme Court has consolidated a doctrine based on objective and concrete reasons to ensure that the designation is fit to law.

Key words: general manager; public service; civil servants; exception; professionalization.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 3 de septiembre, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia en relación con el recurso interpuesto por la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración General del Estado (FEDECA) contra el nombramiento de determinados directores generales de la Administración cuya designación no estaba suficientemente motivada, a juicio de los recurrentes. Éstos entendían que dichos nombramientos vulneraban el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

La Sala, tras un estudio de todos y cada uno de los reales decretos de nombramiento objeto de recurso, anuló finalmente el nombramiento de seis directores generales y un secretario general con rango de director general de los doce recurridos.

Ciertamente, no es ésta la primera vez que el Supremo anula, por improcedente, el nombramiento de directores generales, habiéndose planteado ya la problemática con la sentencia de 21 de marzo de 2002, que sentó un precedente —consolidado como doctrina con las sentencias de 7 de diciembre de 2005 y las de 21 de enero de 2009— que el Tribunal ha mantenido firme desde entonces.

Sin embargo, la particularidad de esta sentencia radica en que el Supremo eleva el contenido material de la cuestión al profundizar en los requisitos formales que justifican el uso de la excepción recogida en el artículo 18.2 de la LOFAGE para el nombramiento de directores generales no funcionarios.

A lo largo de este trabajo analizaremos, tras la definición y exposición de su marco jurídico, la evolución doctrinal de la Sala Tercera del Supremo en relación con el uso de dicha excepción, y cómo la Sala, con ocasión de los múltiples recursos planteados, ha dado una respuesta —no siempre lineal y progresiva— hasta configurar la doctrina consolidada que se recoge en la sentencia de 3 de septiembre de 2010.

II. MARCO JURÍDICO

La configuración jurídica de los directores generales se encuentra en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE). Esta Ley define, en el artículo 6.2¹ del capítulo II, regulador de la organización administrativa, el pa-

¹ Artículo 6.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril. Órganos superiores y órganos directivos.

«En la organización central son órganos superior y órganos directivos:

- A. **Órganos superiores:**
a. Los Ministros.

pel de los directores generales como personal directivo del Ministerio, a diferencia de los ministros y secretarios de Estado, clasificados como órganos superiores y, por lo tanto, como órganos netamente políticos. Por si esta configuración como órgano directivo no fuese suficiente, un poco más adelante, en el punto quinto del mismo artículo 6, son definidos como altos cargos², por lo que su perfil técnico-político, en apariencia, resulta idéntico al de los secretarios generales técnicos y los subsecretarios de Estado, también órganos directivos ministeriales y altos cargos.

Su nombramiento requiere, con carácter general, la condición de funcionario, pero además, y como se exige para todos los titulares de los órganos directivos, «atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia», como señala el artículo 6.10³ de la Ley. Sus funciones y competencias se encuentran en el artículo 18⁴ de la sección III del Título II, regulador de los

- b. Los Secretarios de Estado.
B. **Órganos directivos:**
a. Los Subsecretarios y Secretarios generales.
b. Los Secretarios generales técnicos y Directores generales.
c. Los Subdirectores generales».

² Artículo 6.5 de la Ley 6/1997, de 14 de abril: «Los órganos superiores y directivos tienen además la condición de alto cargo, excepto los Subdirectores generales y asimilados».

³ Artículo 6.10 de la Ley 6/1997, de 14 de abril:

«Los titulares de los órganos directivos son nombrados, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, en la forma establecida en esta Ley, siendo de aplicación al desempeño de sus funciones:

- a. La responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada.
b. La sujeción al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente, sin perjuicio del control establecido por la Ley General Presupuestaria».

⁴ Artículo 18 de la Ley 6/1997, de 14 de abril. Los Directores generales.

«1. Los Directores generales son los titulares de los órganos directivos encargados de la gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas del Ministerio. A tal efecto, les corresponde:

- a. Proponer los proyectos de su Dirección General para alcanzar los objetivos establecidos por el Ministro, dirigir su ejecución y controlar su adecuado cumplimiento.
b. Ejercer las competencias atribuidas a la Dirección General y las que le sean desconcentradas o delegadas.
c. Proponer, en los restantes casos, al Ministro o al titular del órgano del que dependa, la resolución que estime procedente sobre los asuntos que afectan al órgano directivo.
d. Impulsar y supervisar las actividades que forman parte de la gestión ordinaria del órgano directivo y velar por el buen funcionamiento de los órganos y unidades dependientes y del personal integrado en los mismos.
e. Las demás atribuciones que le confieran las leyes y reglamentos.

2. Los Directores generales serán nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Departamento.

órganos directivos. De su estudio se deduce que su papel, menos definido que el contenido en la derogada la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado⁵, que las dotaba de mayores competencias que las previstas en la vigente Ley, las ha configurado como un órgano sumamente flexible, con competencias abiertas⁶ y, por lo tanto, poseedoras de un rol nada diáfano. En comparación con el ordenamiento anterior, no es desde luego aventurado señalar, como ha señalado algún autor, que «la función directiva de estos órganos aparece bastante más difuminada. En vez de "dirigir, gestionar y resolver" (art. 16.1 LRJAE), proponen, impulsan, supervisan»⁷.

La LOFAGE, con todo, y a pesar de este rol más aparentemente «difuminado» en lo que respecta a la función directiva, «consagra el principio de profesionalización de la Administración General del Estado», como «garantía de objetividad en el servicio a los intereses generales», tal y como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley en su octavo apartado, haciéndose eco, en este punto, del mandato constitucional de los artículos 103.1 y 103.3⁸. Por ello,

Los nombramientos habrán de efectuarse de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 10 del artículo 6 entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el Título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, salvo que el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario».

⁵ Artículo 16 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Texto refundido de 26 de julio de 1957 (Ley 28/1957, en vigor hasta el 18 de diciembre de 1997).

«Los Directores generales son Jefes del Centro directivo que les está encomendado, y tendrán las siguientes atribuciones:

1. Dirigir y gestionar los servicios y resolver los asuntos del Departamento que sean de su incumbencia.
2. Vigilar y fiscalizar todas las dependencias a su cargo.
3. Proponer al Ministro la resolución que estimen procedente en los asuntos que sean de su competencia y cuya tramitación corresponda a la Dirección General.
4. Establecer el régimen interno de las oficinas de ellos dependientes.
5. Elevar anualmente al Ministro un informe acerca de la marcha, coste y rendimiento de los servicios a su cargo.
6. Las demás atribuciones que les señalen las leyes y reglamentos».

⁶ Fabio PASCUA MATEO (2004), «Órganos directivos de los Ministerios y servicios comunes», en *Gobierno y Administración del Estado (Comentarios a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado)*, vol. II; *Revista Asamble*, especial monográfico, pág. 228.

⁷ Ángel MENÉNDEZ REXACH (1996-1997), «Organización Central de la Administración General del Estado», *Documentación Administrativa*, núms. 246-247, pág. 295.

⁸ Artículo 103 CE:

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.
3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las pe-

y frente a periodos anteriores, donde predominaba en el nombramiento de determinados altos cargos la libre designación política frente al contenido técnico, la LOFAGE imprimió, con notables resultados, una suerte de «funcionarización» de la función directiva pública. Funcionarización que hace de las direcciones generales, junto a los subsecretarios de Estado y a los secretarios generales técnicos, órganos imprescindibles de la estructura administrativa ministerial.

En ese sentido, las direcciones generales —aunque de la lectura del artículo 9⁹ de la Ley, que define los órganos de existencia necesaria o potestativa, se pudiera deducir lo contrario— son consideradas órganos de naturaleza necesaria, puesto que generalmente tienen encomendada la dirección y gestión de los llamados «servicios comunes» de los diversos departamentos ministeriales. Servicios que garantizan el correcto funcionamiento de la burocracia administrativa ministerial dentro de las directrices políticas emanadas por los sucesivos gobiernos existentes en cada momento. Son, por ello, «la principal fuente de información y de iniciativas de actuación»¹⁰, gracias a su contacto directo con el personal funcionario de su departamento.

Ciertamente, existen direcciones generales ajenas a esta específica y burocrática función, siendo su naturaleza puramente «política». Son direcciones generales que, por tanto, se podrían calificar de «políticas», con un cometido específico y no necesariamente relacionado con la gestión burocrática y administrativa. La diferencia entre ambos tipos de direcciones generales, entre las «administrativas» o de dirección y gestión de los servicios comunes y las «políticas», suele radicar en su dependencia orgánica. Así, las que tienen encomendada la gestión de los servicios comunes, las «administrativas», suelen depender del subsecretario del departamento, pues es él quien ejerce la la-

culiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones».

⁹ Artículo 9. Organización interna de los Ministerios.

«1. En los Ministerios pueden existir Secretarías de Estado, y excepcionalmente Secretarías Generales para la gestión de un sector de actividad administrativa. De ellas dependerán jerárquicamente los órganos directivos que se les adscriban.

2. Los Ministerios contarán, en todo caso, con una Subsecretaría, y dependiendo de ella una Secretaría General Técnica, para la gestión de los servicios comunes previstos en la Sección 4 de este Capítulo.

3. Las Direcciones Generales son los órganos de gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas.

4. Las Direcciones Generales se organizan en Subdirecciones Generales para la distribución de las competencias encomendadas a aquéllas, la realización de las actividades que les son propias y la asignación de objetivos y responsabilidades. Sin perjuicio de lo anterior, podrán adscribirse directamente Subdirecciones Generales a otros órganos directivos de mayor nivel o a órganos superiores del Ministerio».

¹⁰ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (2009), *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, Editorial Iustel, Madrid, pág. 420.

bor de «intendencia» del Ministerio, y por lo tanto quien supervisa y coordina la actividad administrativa del departamento. En cambio, las puramente «políticas» dependen en su mayoría del secretario de Estado o se encuentran directamente vinculadas al ministro, quien, por su rol netamente político, controla directamente las direcciones generales de mayor calado político.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Antecedentes: la sentencia de 21 de marzo de 2002

La Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Sistemas y Tecnologías de la Información de la Administración del Estado interpuso el 28 de julio de 2000, ante la Sala Tercera, recurso contencioso-administrativo número 1060/2000 contra el Real Decreto 993/2000, de 2 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 696/2000, de 12 de mayo, que aprobó la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

En virtud de dicho Real Decreto impugnado, que modificaba el párrafo b) del artículo 1.2 del Real Decreto 696/2000, de 12 de mayo, se establecía que «la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, a la que corresponden las competencias en materia de fomento de la plena implantación de la sociedad de la información en todos los ámbitos de la actividad económica y social, y cuyo titular no será preciso que ostente la condición de funcionario en atención a las características específicas de esta Dirección General, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril».

La excepcionalidad fue justificada porque «la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información es el centro directivo que tiene específicamente encomendado el objetivo de implantar efectivamente el funcionamiento de una sociedad de la información en todos los ámbitos económicos y sociales. Esta tarea implica la necesidad de experiencia y conocimiento de unos ámbitos especialmente complejos, que son los del desarrollo e implantación de las más avanzadas tecnologías, en su constante y rápida evolución».

La Asociación demandante sostenía que se vulneraba el artículo 18.2 de la LOFAGE, pues las razones aducidas para justificar el nombramiento de un director general no funcionario no eran suficientemente válidas. Para los recurrentes, existen funcionarios, como los pertenecientes al Cuerpo Superior de Sistemas y Tecnologías de la Información de la Administración del Estado, que pueden desempeñar las funciones específicas de la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, puesto que no concurren específicas circunstancias que justifiquen que su titular no sea funcionario.

Para la Sala, la LOFAGE consagró «un régimen riguroso de profesionalización de los más altos cargos de la estructura administrativa estatal, por encima de los cuales sólo se encuentran los Secretarios de Estado y los Ministros quienes, dada su cualidad de miembros del Gobierno (ministros) o de titulares

de órganos directamente responsables de la ejecución de la acción del Gobierno (secretarios de Estado), no están, obviamente, sujetos a aquellos condicionamientos».

La Sala, por ello, asumió el margen discrecional del Consejo de Ministros para apreciar las características que aconsejan hacer uso de la excepción del artículo 18.2 de la Ley 6/1997, pero afirmó que la excepcionalidad «se refiere tan sólo a la previa condición funcional pero no al resto de los criterios (profesionalidad y experiencia) exigibles». Es decir, que si bien puede operar la excepcionalidad del artículo 18.2 en el nombramiento, el requisito 6.10 de la Ley, en cuanto a competencia profesional y experiencia, resulta inexcusable. La conclusión para la Sala es que, habida cuenta de que la LOFAGE no ha señalado cuáles son las «características específicas» que podrán justificar el uso de la excepción, «la interpretación más lógica del artículo 18.2 es que la exclusión de la reserva a favor de funcionarios de carrera con título superior vendrá justificada, normalmente, por el hecho de que las funciones de una determinada Dirección General no se correspondan con las correlativas, en cuanto a preparación, experiencia y cometido, asignadas a aquellos funcionarios».

Tras el análisis del Real Decreto y las argumentaciones de las partes, la Sala, haciéndose eco de la afirmación de la Asociación recurrente de que la motivación es más aparente que real, y de que las justificaciones del nombramiento no son suficientes, decidió anular el nombramiento del director general¹¹ en cuestión, sentando el precedente de que cada nombramiento para el que se utilice la excepcionalidad del artículo 18.2 de la LOFAGE debe incorporar «una justificación razonable y suficiente» que justifique el uso de dicha excepcionalidad. Pero no sólo. La excepcionalidad, además, deberá «venir contemplada, precisamente, en el Real Decreto de estructura del Departamento» y «ha de tener como causas las "características especiales" de las funciones atribuidas a la Dirección General». La conclusión es clara: los nombramientos de director general no son libres, están condicionados.

2. Hacia la consolidación doctrinal: la sentencia de 7 de diciembre de 2005

En el año 2005, la Sala Tercera del Tribunal Supremo incidió en esta línea doctrinal, consolidándola, al estimar¹² parcialmente el recurso 1/90/2004,

¹¹ Como consecuencia de la anulación del Real Decreto de nombramiento por la sentencia, con fecha 24 de mayo fue promulgado el Real Decreto 464/2002, por el que se modifica el Real Decreto 696/2000, de 12 de mayo, por el que se aprueba la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Este Real Decreto tenía el mismo objeto que el anterior impugnado y anulado por la sentencia de 21 de marzo: el nombramiento, amparándose en el artículo 18.2 de la LOFAGE, del director general para el Desarrollo de la Sociedad de la Información. Sin embargo, a diferencia del anterior, este Real Decreto se hacía eco del déficit de motivación en el nombramiento del que le acusaba la sentencia y justificaba de manera prolija y detallada el nombramiento, sin ser funcionario, del director general.

¹² En la sentencia fue emitido un interesante voto particular del magistrado Fernando Ledesma, en donde sostiene que el recurso debió ser desestimado al sostener que FEDECA no ha recurrido los reales decretos de desarrollo de cada uno de los departamentos ministeriales, sino sólo el Real Decreto por el que se aprueba la estructura orgánica básica de todos los

interpuesto por la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración General del Estado (FEDECA), contra el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

El recurso pretendía la anulación de las excepciones a la regla general del artículo 18.2 de la LOFAGE establecidas para once direcciones generales en el Real Decreto 562/2004, al considerar que dichas excepciones no se encuentran suficientemente acreditadas «mediante la adecuada motivación que haga posible la revisión jurisdiccional, las condiciones específicas a que se someten las excepciones, según el indicado precepto, y que sólo pueden consistir en la confidencialidad del cargo por razón de las funciones a desempeñar o en la falta de funcionarios con la necesaria competencia profesional y experiencia para ese fin».

Asimismo, consideraba que el número de excepciones establecidas —once— pone de manifiesto «que lo pretendido por los redactores del Real Decreto pudiera ser crear una masiva reserva de puesto que permita satisfacer compromisos de colocación a favor de personas que, de aplicarse la previsión general del artículo 18.2 de la Ley 6/1997, no tendrían posible acceso al cargo de Director General».

El recurso fue estimado en su mayoría al anular el nombramiento de siete¹³ de las once direcciones generales, al considerar la Sala que «la motivación contenida en el Real Decreto impugnado, así como en su memoria, no satisfacen adecuadamente los mínimos exigidos».

En efecto, para la Sala la motivación fue excesivamente genérica, pues en el Real Decreto se utilizaron expresiones como «en atención de las ca-

departamentos ministeriales. Para el magistrado, «la Federación demandante ha "anticipado" una pretensión que puede ser planteada en otro u otros eventuales recursos, mas no en este. Lo que "echa de menos" en el RD que impugna pudiera estar contenido en los Reales Decretos a los que remite el art. 18.2». Es decir, cree que lo que impugnan los recurrentes pudiera estar contenido en el Real Decreto de desarrollo de la estructura orgánica de cada Ministerio, sin ser necesario que dichas motivaciones y justificaciones se contuviesen en el Real Decreto de estructura orgánica básica. Sin embargo, a nuestro juicio, no es sostenible esta tesis. Las eventuales justificaciones sí debieran estar recogidas en el Real Decreto impugnado, puesto que el Real Decreto de desarrollo de la estructura de cada departamento se hace «eco» del Real Decreto de estructura orgánica básica de todos los departamentos. «Eco» que desarrolla el Real Decreto «básico», en donde creemos se debiera contener la motivación y justificación «básica» para hacer uso de la excepcionalidad del artículo 18.2 de la LOFAGE en un determinado departamento. Los reales decretos de cada departamento «amplían» la justificación, pero no cambian su sentido, su naturaleza justificativa.

¹³ Dirección General de Ferrocarriles, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, Dirección General de Coordinación Informativa, Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales, Dirección General de Aguas, y Dirección General de Arquitectura y Política de Vivienda. Resulta importante señalar que las cuatro direcciones generales restantes no anuladas de las once recurridas (Relaciones con las Cortes, Comunicación del Área Nacional, Comunicación del Área Internacional, y Economía Social, Trabajo Autónomo y Fondo Social Europeo) no lo están porque, como expone la sentencia, «ya estaban amparadas como Direcciones Generales en la excepción en la anterior estructura de sus respectivos Departamentos, (por lo que) hay que suponer, no constando lo contrario, que en su momento se justificó adecuadamente los motivos para tal tratamiento, procede respecto de ellas desestimar el recurso».

racterísticas específicas», «en atención a la complejidad y a las condiciones específicas del puesto», «debido al especial conocimiento de la materia que se requiere para el desempeño del mismo», «teniendo en cuenta la especial complejidad de la materia en la que se requieren conocimientos y experiencia específicos», «teniendo en cuenta la experiencia y conocimientos requeridos para satisfacer este relevante sector competencial», «teniendo en cuenta las especiales condiciones de dichos órganos directivos», «gran conocimiento del ámbito competencial no vinculados con la función pública». Motivaciones tan genéricas en las que, como expone la Sala, «nada indica que los especiales conocimientos y experiencias a que se refieren, o las características, condiciones y complejidades que se predicen de alguna de ellas, no se posean por los funcionarios de nivel superior, ni si estos carecen de capacidad adecuada, ni expresan en qué consisten las especificidades que permiten relevar del régimen general de provisión». De nuevo, por lo tanto, falta de motivación «razonable y suficiente», como se señaló en la sentencia de 2002.

3. Un paso atrás que consolida: la sentencia de 6 de marzo de 2007 y las de 21 de enero de 2009

El 6 de marzo de 2007, en cambio, la Sala Tercera, dando respuesta al recurso 01/23/2006, interpuesto por FEDECA contra el Real Decreto 100/2006, de 3 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, aportó algunas críticas valoraciones a esta ya asentada doctrina, profundizando en la interpretación del artículo 18.2 de la LOFAGE y del 103 de la Constitución.

Dicho Real Decreto recurrido tenía como objeto subsanar la anulación de determinadas direcciones generales¹⁴ que había tenido lugar como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005, que declaraba parcialmente nulo el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por carecer de la justificación y motivación suficientes.

Los recurrentes solicitaban la anulación del Real Decreto porque consideraban que con él se pretendía incumplir la sentencia del Supremo de 7 de diciembre al adolecer «del mismo defecto de falta de justificación que la norma anulada», y porque entendían que se vulnera, también, «el deber de justificación objetiva, que constituye un criterio para deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, al no contener una motivación suficiente y razonable basada en datos objetivos sobre la necesidad de desplazar el sistema general de provisión de las Direcciones Generales afectadas, por requerirse una persona adecuada con un perfil específico, que haga imposible su desempeño por un funcionario público».

¹⁴ Direcciones Generales de Instituciones Penitenciarias, Ferrocarriles, Integración de los Inmigrantes, Coordinación Informativa, Bellas Artes y Bienes Culturales, Agua y Arquitectura, y Política de Vivienda.

El recurso fue desestimado porque, aun siendo cierto que el artículo 18.2 de la LOFAGE constituye «una concreción del principio de profesionalización de la Administración General del Estado», como señala la Sala, no menos cierto es que este principio de profesionalización, «en lo que respecta al nombramiento de los Directores Generales, no tiene en la "mens legislatoris" un carácter absoluto». Y no lo tiene porque, como recuerda la Sala, no se incorporaron en el trámite legislativo de la Ley las enmiendas «con el objeto de incorporar el término "excepcionalmente" a la redacción del artículo 18.2, que reduciría con mayor intensidad el ámbito de discrecionalidad del Gobierno en aplicar la cláusula de excepción, ni la que solicitaba que el nombramiento de los Directores Generales se sujetara a las normas específicas de provisión de puestos en la función pública».

Con ello la Sala pretendía hacer ver que, deliberadamente, el legislador optó por un modelo «abierto», ligeramente abierto, a diferencia del cerrado y exclusivo para los funcionarios de los cuerpos superiores que se establece para el nombramiento de los subsecretarios y secretarios generales técnicos. Es decir, fue consciente de la «ambigüedad» que dibujaba la excepción recogida en el artículo 18.2 de la Ley al afirmar la regla general funcionarial, pero no recoger la «salvedad» como excepcionalidad.

Por último, la Sala exhibió una valoración de los principios constitucionales recogidos en el artículo 103 referidos a una eficiente Administración pública, señalando que la excepción recogida en el artículo 18.2 de la LOFAGE no menoscaba dichos principios porque «una excesiva burocratización de los órganos de dirección de la Administración General del Estado, ante las múltiples funciones prestacionales al servicio de los ciudadanos que se le atribuyen, pudiera ir en detrimento de los principios de organización y funcionamiento expuestos en el artículo 3 de la citada Ley». Sostuvo, por tanto, la tesis de que la profesionalización de la función directiva pública —que la Sala define como sinónimo de «excesiva burocratización», sin explicar dicho concepto— puede ser perjudicial para la Administración, por lo que justifica, sin limitarlo aún más, ese margen de discrecionalidad y arbitrio que permite el uso de la excepción del 18.2.

Para la Sala, finalmente, la motivación del Real Decreto 100/2006 era suficiente y la justificación objetiva y razonable, porque «se expresan de forma precisa las características específicas de las funciones que deben desarrollar las Direcciones Generales comprometidas con la ejecución de la acción del Gobierno en materias que conciernen al desarrollo y ejecución de políticas públicas heterogéneas y complejas, que exigen que, sobrevenidamente, respecto de su configuración original, puedan ser desempeñadas por profesionales que no estén necesariamente integrados en la función pública».

Posteriormente, dos sentencias con idéntico objeto pero resultado de recursos interpuestos por distintos recurrentes, aunque desestimadas, contribuirán a asentar un poco más la doctrina marcada en las sentencias precedentes: las sentencias de 21 de enero de 2009.

Estas sentencias, consecuencia de los recursos 237/2006 y 238/2006, interpuestos por la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Sistemas

y Tecnologías de la Información de la Administración General del Estado (ASTIC) y por la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración General del Estado (FEDECA), respectivamente, pretendían la anulación del Real Decreto 527/2006, de 28 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 1320/2004, de 28 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones Públicas y que exige de la condición de funcionario al titular de la Dirección General de Modernización Administrativa. Asimismo, recurrieron el Real Decreto 539/2006, de 28 de abril, de nombramiento del director general de Modernización Administrativa.

Para los recurrentes, en el Real Decreto 527/2006 se eximió de la condición de funcionario al titular de la Dirección General de Modernización Administrativa «tras una normativa genérica, vacía de contenido y puramente retórica, que no cumple los estándares exigidos por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005».

La Sala, sin embargo, desestimó¹⁵ los recursos al entender que el Real Decreto 527/2006 «cumple suficientemente el estándar que según dicha doctrina jurisprudencial se exige a la motivación que fundamente el uso de las potestades del art. 18.2 de la Ley 6/1997». En conclusión, estimó que las razones aducidas por el Gobierno son «objetivas, particularizadas y razonables», por lo que se evita «cualquier indicio de arbitrariedad». La excepción, así, habría sido correctamente utilizada por el Gobierno.

4. La consolidación definitiva: la sentencia de 3 de septiembre de 2010

La consolidación definitiva de la doctrina sobre el nombramiento de directores generales no funcionarios tomó carta de naturaleza con la sentencia de 3 de septiembre de 2010, sentencia a la que seguirían, sin aportaciones sustanciales, las de 28 de septiembre¹⁶ y 11 de noviembre¹⁷.

¹⁵ También en estas sentencias se emitió un voto particular; esta vez del magistrado José Díaz Delgado, quien sostenía que el recurso debió ser estimado pues entendía que no bastaba, como ciertamente sí acreditaba el Real Decreto, que las competencias del cargo fuesen complejas, «sino demostrar que ha de acudirse excepcionalmente a abrir la excepción a personas extrañas a la función pública, lo que de alguna forma exige la justificación de que el puesto no puede ser cubierto por los funcionarios que, teniendo los títulos superiores, y habiendo superado las pruebas de acceso correspondientes, a la par de la experiencia adquirida en esta materia». Para el magistrado, la complejidad de las competencias no bastan, sino que requieren un plus que justifique que, a pesar de la complejidad de las mismas, ningún funcionario resulta apto para desempeñarlas.

¹⁶ Esta sentencia trae causa del recurso 49/2008, interpuesto por la Asociación de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos del Estado contra el Real Decreto 1130/2008 por falta de motivación suficiente e indebido uso de la discrecionalidad del artículo 18.2 de la LOFAGE. Cuando fue dictada la sentencia, el 28 de septiembre, la Sala ya había anulado en la sentencia de 3 de septiembre el Real Decreto 1130/2008, por lo que se daba por estimado el recurso parcialmente, puesto que la Sala desestimó la pretensión de la Asociación de que la titularidad de las Direcciones Generales de Aguas y Sostenibilidad de la Costa y del Mar contenidas en el Real Decreto recayesen en ingenieros de Caminos, Canales y Puertos del Estado.

Esta sentencia, consecuencia del recurso 528/2008, interpuesto de nuevo por FEDECA contra los Reales Decretos 1130/2008, 1127/2008, 1131/2008, 1133/2008 y 1126/2008, de 4 de julio, y contra los Reales Decretos 1181/2008, 1182/2008 y 1183/2008, de 11 de julio, solicitaba la nulidad de las exclusiones a la reserva funcional recogida en los Reales Decretos citados al considerar que o bien no se ha motivado lo suficiente, o bien se ha hecho un uso indebido de la discrecionalidad conferida por el artículo 18.2 de la LOFAGE.

En los ocho Reales Decretos impugnados, que tenían por objeto el desarrollo de la estructura orgánica básica de los Ministerios de Medio Ambiente, Economía, Administraciones Públicas, Sanidad, Defensa, Interior, Industria y Ciencia e Innovación, se establecían excepciones para once firecciones generales y una secretaría general con rango de dirección general.

La Sala, recordando las sentencias precedentes, volvió a reiterar que «no es incondicionada esa atribución conferida por la Ley al Consejo de Ministros para sustraer una determinada Dirección General a su régimen de provisión ordinario entre funcionarios de carrera y, por ello, la decisión de aquel órgano exige para su validez, además del respeto a los elementos reglados, que la justificación sea objetiva y expuesta en términos que permitan comprender las razones por las cuales la decisión misma es adoptada».

Habida cuenta de que la excepción del artículo 18.2 —tal y como afirmó la Sala en la sentencia de 21 de marzo de 2002— se refiere sólo y exclusivamente a la condición de funcionario superior, no a los otros requisitos exigibles y así recogidos en el artículo 6.10 de la misma Ley, como son la profesionalidad y la experiencia, «cualquier excepción que sea establecida a la regla general de reserva funcional exigirá, para poder ser considerada válida, que se apoye en hechos objetivos y concretos; y por dicha razón no bastarán consideraciones abstractas o genéricos juicios de valor».

Las consideraciones, específicas y concretas, deberán demostrar que, dentro de las funciones atribuidas a una dirección general en particular, «habrán de exteriorizar unos concretos cometidos cuya extraordinaria naturaleza haga bien visible la conveniencia, en aras de un mejor desempeño de la Dirección General, de no limitar el ámbito de los posibles titulares solamente a los cuerpos de funcionarios y ampliarlo a personas que, a pesar de no tener la condición funcional, puedan ofrecer una superior idoneidad para esos cometidos extraordinarios».

¹⁷ La Asociación de Administradores Civiles del Estado y FEDECA interpusieron recurso (488/09) contra los Reales Decretos 1039/2009, 1095/2009, 1086/2009 y 1094/2009 contra el nombramiento de directores generales por carecer de la motivación suficiente o por uso indebido de la discrecionalidad del artículo 18.2 de la LOFAGE. El Real Decreto 1039/2009, que desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de la Presidencia, eximía de la condición de funcionario al titular de la Dirección General de Coordinación y Administración de Servicios Periféricos, mientras que el Real Decreto 1086/2009, que desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Educación, eximía también de la condición de funcionario al director general de Formación y Orientación Universitaria y al de Relaciones Internacionales. La Sala anula dichas excepciones porque considera que la justificación «no parece fundada en datos de carácter objetivo, resultando puramente genérica y retórica», y no apreciar «razones suficientes para abandonar el principio de profesionalidad que inspira la regla general de la reserva funcional que la LOFAGE asume para el nombramiento de Directores Generales».

La Sala, tras un exhaustivo y pormenorizado estudio de todos y cada uno de los Reales Decretos cuya impugnación se solicitaba, algunos de ellos cuya excepcionalidad a la reserva funcional fue establecida con anterioridad, estima parcialmente el recurso y anula siete¹⁸ de las excepciones a la reserva funcional de las doce objeto de recurso. Anulación sostenida al resultar inadecuada la motivación de las excepciones porque o bien carecían de la suficiente entidad, o bien —como resulta del estudio de la justificación de la excepción en las Direcciones Generales del Ministerio de Medio Ambiente— la justificación contenida se expresaba «en términos genéricos o de pura abstracción, al no precisarse cuáles son las concretas disciplinas científicas o académicas cuya ausencia es ponderada en la formación de los cuerpos funcionales para considerar conveniente la excepción de la regla general de la reserva funcional; y al no explicarse tampoco cuál es el singular perfil formativo o la concreta experiencia profesional que garantiza esa visión integrada a la que se hace referencia, ni cuáles son las razones o datos que imponen descartar en los Cuerpos funcionales dicho perfil o experiencia».

Insuficientes justificaciones, en suma, que podrían inducir a pensar que, más que un criterio técnico y profesional, ha primado en la justificación de la excepción otro criterio, probablemente político o de recompensa, al que se ha querido revestir con una pátina de profesionalidad al sostener la complejidad de determinadas competencias o funciones asignadas a la dirección general de que se trate como base justificativa de una discrecional arbitrariedad, subvirtiendo así los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la función pública.

La importancia de esta sentencia radica en que la Sala «aquilata» aún más la excepción del artículo 18.2 de la LOFAGE, concretamente la justificación al uso de la misma, con objeto de pulir la indefinición de que adolece y evitar, en la medida de lo posible, que la discrecionalidad en los nombramientos de directivos públicos sea sinónimo de arbitrariedad.

IV. CONCLUSIONES

En los últimos años, amparados en la salvedad del artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, se ha venido produciendo una suerte de «desvirtuación» en el nombramiento de los directores generales de la Administración General del Estado.

Así, se ha producido una proliferación de nombramientos de personal ajeno a la función pública para ocupar cargos de director general, con una jus-

¹⁸ Las cuatro excepciones de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino (Dirección General del Medio Natural y Política Forestal, Dirección General de Desarrollo Sostenible del Medio Rural, Dirección General del Agua, y Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar), y las Direcciones Generales de Terapias Avanzadas y Trasplantes (Sanidad), Apoyo a las Víctimas del Terrorismo (Interior) y la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria (Ciencia e Innovación).

tificación en gran medida vacua y abstracta, carente de la concreción que reclamaría el uso de la excepción contenida en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, siendo personal que, pese a ser considerados «altos cargos», no dejan de ser, desde un punto de vista puramente orgánico, directivos públicos, personal directivo de la Administración.

Los directores generales, por su doble naturaleza, por su doble vertiente político-administrativa, al ser considerados altos cargos y, por tanto, personal de confianza política del respectivo titular ministerial y titulares, a su vez, de la dirección de una unidad administrativa, representan el punto de conexión, el elemento de engarce entre la ejecución y verificación del cumplimiento de las directrices políticas gubernamentales en su dirección general, así como el aseguramiento del correcto funcionamiento de la maquinaria administrativa. Aúnan, pues, la temporalidad, la celeridad y la contingencia de la dinámica política con la precisión, el rigor y la eficacia que representa la Administración en la ejecución de políticas al servicio de los administrados.

Por ello, si bien la tónica general del carácter técnico de las direcciones generales encuentra excepciones en la existencia de direcciones generales de marcado carácter político, la inmensa mayoría son predominantemente técnicas, con una labor de gestión puramente administrativa, sin que, por tanto, sea requerido un especial perfil político. El papel de los directores generales se puede considerar, por ello, eminentemente técnico y, en mucha menor medida, político.

La LOFAGE —y esto es importante recordarlo—, asumiendo la excepcionalidad en el nombramiento de determinados directores generales no funcionarios, consagra la regla general de la «funcionarización» de la función directiva pública, no un régimen «mixto» en el que puedan convivir como personal directivo público funcionarios y no funcionarios, planteamiento que conllevaría cierta problemática constitucional¹⁹ ante la imposibilidad de establecer una objetiva medición o cuantificación de los principios constitucionales de mérito y capacidad para los profesionales que acceden a la función directiva pública no siendo funcionarios.

Ciertamente, y como ha señalado algún autor ante la extendida tesis de que los requisitos de «competencia profesional» y «experiencia» que se requieren para el nombramiento de los directivos públicos son reconocidos a los funcionarios por el mero hecho de serlo, más aún si éstos pertenecen a los cuerpos superiores, y que por ello se encuentran habilitados para el ejercicio de funciones directivas, «se puede ser un excelente funcionario público y, a su

¹⁹ Como señala PALOMAR, «desde una perspectiva de modelo el desarrollo del artículo 103.3 de la Constitución efectuado por ley y en el marco de un estatuto de funcionarios públicos podría haber optado por un esquema en el que podrían convivir funcionarios y quienes no lo son y se incorporan a la función pública, ya sea con carácter temporal o definitivo. El problema no es pues de modelo ya que el mismo admitiría la yuxtaposición de unos y otros. La dificultad se encuentra en los límites constitucionales para esta opción y, sobre todo, en el cumplimiento del sistema de mérito y capacidad». ALBERTO PALOMAR OLMEDA (2002), «Potestad organizatoria y directivos públicos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 53, pág. 4.

vez, un pésimo directivo»²⁰. Planteamiento verosímil pero que obvia que la superación de un proceso selectivo u oposición permite, al menos, acreditar el cumplimiento de los requisitos de mérito y capacidad en el acceso a la función pública. La superación de una oposición quizá no sirva para acreditar una especial valía para la función directiva pública, pero menos aún un MBA de cualquier escuela de negocios. La Administración ni puede ni debe ser entendida o regida como una empresa del sector privado.

Y así lo ha entendido el Tribunal Supremo, quien, desde la sentencia de 21 de marzo de 2002, ha sentado una importante doctrina, consolidada con las sentencias de 7 de diciembre de 2005 y las dos de 21 de enero de 2009, por la que, tomando como base el principio de profesionalización de la Administración consagrado en la LOFAGE, estima que los nombramientos de directores generales no funcionarios, pese a la potestad autoorganizativa del Gobierno, no son libres, se encuentran condicionados. Condicionados porque el uso de la excepción recogida en el artículo 18.2 de la LOFAGE, que permite el nombramiento de directores generales no funcionarios, sólo es válido si incorpora «una justificación razonable y suficiente» que justifique el uso de dicha excepcionalidad. Excepcionalidad que la Sala recuerda se circunscribe sólo al carácter funcional, pero no al resto de criterios exigidos y exigibles para cualquier nombramiento de directivos públicos: competencia profesional y experiencia.

En ese sentido, la sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Supremo de 3 de septiembre de 2010 cobra especial valor, puesto que no sólo se atreve a anular un considerable número de nombramientos —siete en total—, sino que da un paso más en la consolidación de la doctrina iniciada con la sentencia de 21 de marzo de 2002 con ocasión de otra anulación de nombramiento de director general.

Así, para que el nombramiento de un director general de la Administración pueda ser considerado válido y, por tanto, ajustado a Derecho, el no sólo tendrá que estar justificado —como así se reconocía en la sentencia de 21 de marzo de 2002 y siguientes—, sino que tal justificación sea «objetiva y concreta», no bastando «consideraciones abstractas o genéricos juicios de valor», generalidades en suma que no puedan ajustarse a un perfil concreto y determinado. Perfil que, por su propia naturaleza, no se encuentre en ninguno de los cuerpos superiores que conforman la Administración General del Estado y sí en el sector privado.

La sentencia, en definitiva, recorta la «liberalidad» con la que se venían nombrando determinados directores generales de la Administración, cuestionando la idoneidad de «desprofesionalizar» la Administración pública introduciendo en sus órganos de gestión a personas dotadas de confianza política, pero que en muchos casos carecen de los necesarios conocimientos y capacitaciones para regir la compleja maquinaria administrativa. La sen-

²⁰ RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO (2009), «La Dirección Pública Profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España», en RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO, MANUEL VILLORIA y ALBERTO PALOMAR OLMEDA, *La Dirección Pública profesional en España*, Instituto Vasco de Administración Pública/Marcial Pons, Madrid, pág. 43.

tencia es, por lo tanto, un reclamo a no olvidar los viejos principios constitucionales de mérito y capacidad que deben primar en el acceso a la función pública.

Quizá, la lectura de la sentencia debiera emplazar a una reflexión sobre la necesidad de una reforma del artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Reforma que podría plantearse desde dos perspectivas distintas.

Una, con objeto de suprimir la «salvedad» en el nombramiento de directores generales no funcionarios y garantizar así una absoluta tecnificación y profesionalización de dicho personal, y que si bien puedan ser elegidos libremente entre personas de confianza política, ese «libremente» se circunscriba exclusivamente a «funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el Título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente», tal y como se exige para otros cargos de libre designación o de confianza política, como los secretarios generales técnicos o los subsecretarios de Estado. Esta posibilidad, la menos «sensata» —por «revolucionaria», al suprimir la excepcionalidad del artículo 18.2 de la LOFAGE— pero considerada por muchos la más justa, potenciaría la independencia profesional de los cuerpos superiores de la Administración y, por tanto, de toda la actividad administrativa, redundando en el principio constitucional del artículo 103.1 de servir «con objetividad los intereses generales». Se fomentaría así una Administración mucho más responsable y con una mayor independencia de criterio, sin generar por ello una indisciplina jerárquica a las directrices políticas emanadas de los órganos superiores. El núcleo directivo de la estructura ministerial, la columna vertebral, sería así de confianza política pero estrictamente funcionario, con lo que aunaría la cercanía política con la cualificación técnica, potenciando la creación de una élite burocrática crítica con el poder desde el poder, pero leal al poder.

Sin embargo, para algunos, esta hipótesis supone una suerte de «corporativización» de la función directiva pública, toda vez que se establece un privilegio funcional bajo el paraguas de la «estabilidad administrativa». Estabilidad que en la práctica acaba favoreciendo la «circulación ideológica» de los funcionarios por la Administración y su «carrera política» en función de gobiernos de uno u otro signo.

La segunda posibilidad, dada la dificultad que entrañaría la supresión de la excepcionalidad del artículo 18.2 de la LOFAGE, sería introducir, como ha señalado algún autor, «alguna consideración menos teórica y más concreta sobre la forma de acreditar el mérito (y la profesionalidad y experiencia) de quienes no son funcionarios y pueden legítimamente ocupar puestos directivos en la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos»²¹.

²¹ Alberto PALOMAR OLMEDA (2005), «Pautas para el diseño de un estatuto de directivo público para las administraciones convencionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72, pág. 209.

Esta última perspectiva, considerada por otros la menos «justa» en términos de «funcionarización» de los directivos públicos pero seguramente la más sensata, supondría el mejor punto de encuentro entre aquellos que desean un modelo de absoluta profesionalización y tecnificación de la función pública directiva, pero consideran que la excepcionalidad del artículo 18.2 de la Ley es legítima si está suficientemente motivada y justificada, al existir personal específicamente cualificado en el sector privado capacitado para la alta dirección pública; y aquellos que, asumiendo la preferencia por el nombramiento de altos cargos de absoluta confianza política, son conscientes de la necesidad de que la función pública deba estar, mayoritariamente, dirigida, supervisada y coordinada por funcionarios, entre los cuales, sin duda alguna, existirá personal de absoluta confianza política.

Con todo, debiera inducir a una reflexión serena el hecho de que siendo las direcciones generales de la Administración General del Estado numerosas²², y existiendo gran cantidad de personal funcionario miembro o simpatizante de partidos políticos, no encuentren éstos suficiente personal de confianza en los nutridos cuerpos superiores que conforman la Administración General del Estado (o en los cuerpos superiores de las comunidades autónomas o de las entidades locales) para ocupar las direcciones generales de la Administración.

V. BIBLIOGRAFÍA

- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael; VILLORIA, Manuel, y PALOMAR OLMEDA, Alberto (2009): *La Dirección Pública profesional en España*, Instituto Vasco de Administración Pública/Marcial Pons, Madrid.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «Organización Central de la Administración General del Estado», *Documentación Administrativa*, núms. 246-247, septiembre 1996-abril 1997.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (2002): «Potestad organizatoria y directivos públicos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 531.
- (2005): «Pautas para el diseño de un estatuto de directivo público para las administraciones convencionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72.

²² Según el Real Decreto 1366/2010, de 29 de octubre, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, sancionado tras la última reorganización gubernamental de 20 de octubre, el número total de direcciones generales en los departamentos ministeriales es de 115. Caso aparte es el de las «asimiladas», esto es, aquellos órganos cuyo titular ostenta el «rango» de director general sin ser titular de una dirección general. En este último caso se encuentran los directores de los gabinetes de los ministros (art. 18.2 del Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales), los directores adjuntos de los vicepresidentes (art. 18.1 del mismo Real Decreto 438/2008) y varios de los directores de los departamentos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno (art. 2.3 del Real Decreto 525/2008, de 21 de abril, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno, modificado por el Real Decreto 494/2010, de 30 de abril), varios de los directores de los departamentos de la Oficina Económica de la Presidencia del Gobierno (art. 2.4 del mismo Real Decreto 525/2008, modificado por el Real Decreto 494/2010) y varios de los directores de los departamentos de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno (art. 3 del mismo Real Decreto 525/2008, modificado por el Real Decreto 494/2010). En conclusión, la suma total de los directores generales y asimilados de la Administración General del Estado se acerca a los 40.

- PASCUA MATEO, Fabio (2004): «Órganos directivos de los Ministerios y servicios comunes», en *Gobierno y Administración del Estado (Comentarios a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado)*, vol. II; *Revista Asamblea*, especial monográfico, junio.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009): *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, Editorial Iustel, Madrid.

EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y CONSTITUCIONAL: ¿FACULTAD O DEBER?

JUANA MORCILLO MORENO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN.—II. ENCUADRE TEMÁTICO: 1. *El reenvío prejudicial: facultad discrecional del juez nacional versus artículo 24 de la Constitución*. 2. *Excepciones a la obligación de remisión prejudicial: impertinencia, acto aclarado y acto claro*. 3. *¿Facultad o deber de remisión prejudicial? Disipación de la distinción*.—III. CONSECUENCIAS DEL NO PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: 1. *Estado de la cuestión*. 2. *La STC 58/2004: apertura al amparo constitucional*. 3. *La STC 194/2006: seguimiento de la senda marcada*.—IV. LA STC 78/2010, ¿CAMBIO EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL?: 1. *Iter procedimental*. 2. *La Sentencia de instancia*. 3. *Argumentos de las partes*: A) El Gobierno de Canarias. B) El Club de Natación Metropole. C) El Ministerio Fiscal. 4. *Argumentación del Tribunal Constitucional*: A) Sobre la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico-públicas. B) Sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. C) Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, ¿qué rectificación?—V. LA STJUE DE 19 DE ENERO DE 2010.—VI. RECAPITULACIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La STC 78/2010 anuncia una rectificación en la doctrina constitucional relativa a la cuestión prejudicial comunitaria, denegando el amparo constitucional instado por el Gobierno canario en un caso prácticamente idéntico a otro resuelto favorablemente en la STC 194/2006. Pero ¿cómo se fundamenta el cambio de criterio? En este comentario se indaga el verdadero sentido de tal cambio de doctrina, que en realidad sólo afecta a un supuesto concreto: el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria por un juez estatal cuando la normativa comunitaria que entienda vulnerada no sea aplicable en un territorio de ese Estado. A tal efecto, se hace un detenido repaso por los pronunciamientos más relevantes en la materia, no sólo de nuestro Tribunal Constitucional, sino también del Tribunal de Justicia.

Palabras clave: cuestión prejudicial comunitaria; reenvío/remisión prejudicial; primacía; amparo constitucional; tutela judicial efectiva; Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA); Impuesto General Indirecto Canario (IGIC).

ABSTRACT

In its Judgment no. 78/2010 the Constitutional Court of Spain specifically announced a correction concerning its previous doctrine on the European preliminary ruling. In the instant case the Court rejected the request for *constitutional protection* filed by the Autonomous Government of the Canary Islands. However, in a virtually identical case in 2006, the Constitutional Court had ruled in favour of the plaintiff (Judgment no. 194/2006, of June 19). This study aims at discovering the real innovations behind the announcement of a new doctrine. For this purpose, the most significant judgments on the topic have been reviewed, not only the ones issued by the Constitutional Court but also those by the European Court of Justice. The author concludes that the aforementioned correction of the previous doctrine only takes place when it comes to a particular case: