

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: *Inadmisibilidad de la impugnación de convocatoria de un concurso por quien sin objeción alguna tomó parte en él y aguarda conocer la selección del Tribunal. La discrecionalidad técnica de que goza el Tribunal en la ponderación de aquellos méritos en los que se precisa una valoración del nivel científico de los conocimientos del opositor excluye una revisión jurisdiccional, a diferencia de lo que ocurre cuando la valoración que aquél efectúa viene predeterminada por criterios objetivos y matemáticos.*—II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. *No infringe el principio de igualdad el otorgar prioridad en la convocatoria de un concurso de traslado de Profesores de Bachillerato convocado por el MEC a los Profesores dependientes de éste sobre los que dependen de las CA, por seguirse la norma contraria en las convocatorias que éstas efectúan, como medio en ambos casos de lograr mayor estabilidad.* 2. *Provisión de vacantes. Prioridad de funcionarios de carrera sobre interinos y de éstos sobre los contratados.* 3. *La ausencia de normas directamente aplicables a la provisión de plazas de Profesor adjunto no comporta la titularidad del Rector de facultades arbitrarias para resolver si debe proveerse por concurso de traslado u oposición. Necesidad de fundamentar la decisión y basarla en la normativa analógicamente aplicable, con subordinación al interés general. Arbitrariedad y discrecionalidad.* 4. *Carácter excepcional de los funcionarios contratados según el artículo 6 LF y la DA 2.ª RD 30 marzo 1977. Improcedencia de concurrencia con funcionarios de carrera en concurso para provisión de plazas.*—III. DERECHOS: 1. *Dedicación exclusiva e incentivo de cuerpo. A las Leyes de Presupuestos, aunque tienen vigencia anual, se incorporan también disposiciones de carácter permanente. RD-ley 3/83 y Ley 44/83.* 2. *Sólo cabe apreciar retroactividad de las normas cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas. Evolución legislativa en materia de acceso de Profesores Agregados de Escuelas Universitarias del Cuerpo de Catedráticos.* 3. *Derecho de arquitecto contratado por el Ayuntamiento a abono de trabajos encargados al margen de la relación de servicio.* 4. *Improcedencia de la equiparación de los Profesores interinos de Instituto a los de carrera a efectos de retribuciones.* 5. *El pase a la situación de retiro no comporta por sí sólo y necesariamente el derecho a pensión si no concurren los requisitos exigidos por la legislación aplicable.* 6. *Convivencia marital. La DA 10.ª de la Ley 30/81 es aplicable a toda clase de pensiones causadas por fallecimiento del funcionario o asegurado sujeto de las mismas. Proporcionalidad.* 7. *La convivencia matrimonial no supone la concesión automática de pensión en caso de fallecimiento del causante, sino que es necesario acreditar diligencia en regularizar la situación extramatrimonial. Análisis de los principios aplicables.* 8. *Procedencia de concesión de pensión por convivencia marital cuando el causante tramitaba el divorcio en el momento del fallecimiento.*—IV. SITUACIONES: 1. *La situación de los funcionarios de la Administración del Estado adscritos a TVE es la de servicio activo. Diferencia de esta situación con la Comisión de Servicio.*—V. INCOMPATIBILIDADES: 1. *Legalidad del RD 598/85 sobre incompatibilidades pese a que, según el Consejo de Estado, entendió que no procedía la elevación del proyecto a Real Decreto hasta que se completase con los informes que prevé el artículo 2.º, 2, LCP y con el de la Comisión de Coordinación de la función pública para luego ser nuevamente informado, dado el carácter no vinculante de aquel Dictamen y pese a la omisión*

de los *Dictámenes referidos*.—VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. *El principio de proporcionalidad impide la libérrima discrecionalidad de la Administración para elegir la sanción a imponer. Predominio de la valoración ética de las conductas sobre los resultados de peligro o lesión del bien jurídico.* 2. *Nulidad de actuaciones por acordarse, sin previo expediente, la separación de funcionarios del Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia por delito doloso cometido antes del ingreso en el Cuerpo. Principios aplicables.*

I. SELECCIÓN

Inadmisibilidad de la impugnación de convocatoria de un concurso por quien, sin objeción alguna, tomó parte en él y aguarda a conocer la selección hecha por el Tribunal. La discrecionalidad técnica de que goza el Tribunal en la ponderación de aquellos méritos, en los que se precisa una valoración del nivel científico de los conocimientos del opositor, excluye una revisión jurisdiccional, a diferencia de lo que ocurre cuando la valoración que aquél efectúa viene predeterminada por criterios objetivos y matemáticos.

«Se aceptan los considerandos de la sentencia apelada.

Se insiste por el palenete en los motivos de nulidad de la convocatoria del cuestionado concurso y en la del acto administrativo por el que se aprobaba la propuesta del Tribunal calificador no alegándose al respecto, frente a la sentencia recurrida, ningún otro motivo de revocación de la misma que el de no haber tenido en cuenta el dictamen pericial practicado en vía jurisdiccional que, a juicio de aquél, evidencia la superioridad del ejercicio práctico por él efectuado frente al que realizó el concursante que resultó seleccionado.

En relación con la nulidad de la convocatoria, son tan exhaustivas y acertadas las razones que el Tribunal *a quo* utiliza para no declararla que lo que pueda ahora añadirse sólo supone reproducción de ellas, pues, ante todo, hay que decir que *no se pueden impugnar las bases de un concurso por quien, sin objeción ni protesta alguna, tomó parte en él*, como reitera este Alto Tribunal, entre otras, en sus sentencias de 13 de abril de 1977 y 2 de abril de 1979, *no siendo admisible que lo haga cuando, tras de participar en él, las impugna al conocer la selección hecho por el Tribunal calificador* —sentencias de 21 de diciembre de 1984 y 17 de octubre de 1985—, porque, como explica la de 21 de junio de 1976, *para evitar las consecuencias seguíbles de la aplicación de las bases se debe empezar por impugnarlas "y no esperar pasivamente a ver cuál fuera el resultado final"*, pero es que tampoco pueden detectarse por esta Jurisdicción motivos de invalidez —que, incluso, de oficio, deben examinarse por ésta—, por el hecho alegado de que no se justifiquen cuáles sean los méritos apreciados, toda vez que, además de esto, ya afecta a la selección y no a la convocatoria; de lo actuado no consta que haya ocurrido lo que sucedía en el caso de las sentencias de este Tribunal que se invocan, ya que lo que en éstas se consideraba incorrecto era que se valoraran méritos sin determinar la clase de éstos ni la puntuación que correspondía a cada uno de ellos, y en el presente caso basta examinar los apreciados a cada concursante, y los previstos en la convocatoria y su respectivo baremo para tener por evidente que a ninguno de aquéllos se le concedió una puntuación no amparada en la misma, con lo que se cumplía el requisito establecido por la sentencia de 8 de julio de 1981 de que se concretan en las correspondientes actas de las sesiones la consignación de los criterios de valoración de los méritos libremente aportados por los concur-

santes, que es la garantía de autolimitación en casos de inexistencia de un baremo previo, sin ser exigible otra cosa en la apreciación de méritos que ésta se ajuste al procedimiento, que es lo único que puede revisarse en esta Jurisdicción —sentencias de 31 de octubre de 1978, 23 de enero de 1980 y 14 de junio de 1982—, que en modo alguno consta que en este caso se haya infringido.

En este sentido, precisamente es muy significativo que, en definitiva, el apelante no ataca las puntuaciones otorgadas al que resultó elegido en función de otras pruebas de aptitud o de méritos, en relación con las cuales la del concursante superó la otorgada al seleccionado, sino tan sólo la otorgada en el ejercicio práctico, de contenido esencialmente profesional, que era propio de la fase de oposición o examen y no de la de concurso, siendo de distinguir, con la sentencia de 7 de diciembre de 1983, *entre aquellos méritos "en los que se precisa una valoración del nivel científico de los conocimientos del opositor o concursante, en la cual el Tribunal se mueve dentro de un amplio margen de discrecionalidad, y aquellos otros cuya valoración viene predeterminada por criterios objetivos y matemáticos, en la cual el Tribunal se limita a aplicar datos numéricos incompatibles con cualquier juicio de discrecionalidad"*, siendo la de aquel primer caso excluyente de toda revisión, salvo cuando se incida en arbitrariedad o desviación de poder —sentencia de 24 de mayo de 1976—, todo ello porque *"no se puede entrar en los motivos que el Tribunal u Organo administrativo correspondiente tuvo para señalar las diferentes puntuaciones concedidas, ya que ello no puede ser objeto de impugnación ante esta Sala por exceder del ámbito de la facultad revisora de esta Jurisdicción, pues hay que respetar la soberanía de los Tribunales de concursos para sentar sus juicios como resultado de los méritos ante ellos alegados"* —sentencias de 2 de mayo de 1972, 27 de octubre de 1973 y 19 de junio de 1980.

La desviación de poder que se alega, por más que sobre su posible existencia deba conocer esta Jurisdicción —y que, por lo dicho, puede constituir una excepción a esa discrecionalidad de los Tribunales—, no puede considerarse existente cuando se prefirió al concursante seleccionado, porque la selección se había de producir, y se produjo, computando las puntuaciones otorgadas a los partícipes por cada una de las pruebas a que fueron sometidos y a sus respectivos méritos, resultando que, hasta que el ejercicio práctico se realizó por los mismos, la había obtenido mayor el apelante y no aquél, cuando, de mediar una predeterminación de la elección, se hubiera comenzado por puntuarles en sentido contrario, y, además, el hecho de que en ese ejercicio práctico, por el contrario, se diera mayor puntuación al que resultó elegido —alterando en su favor aquella puntuación total— está justificado por la diferente actuación de uno y otro en el desarrollo de todas las facetas del caso propuesto, según consta de las respectivas motivaciones por parte del Tribunal, por cierto, no desvirtuadas por el Perito informante ante la Sala de primera instancia, que el recurrente entiende debió ser tenido por decisivo por aquélla, en la medida en que sus conclusiones no adverbaban la indebida apreciación del Tribunal, habida cuenta de que si aquél comenzaba por explicar que *"la misión específica del encargado de obra es la ejecución material de la misma, entendiéndose como tal el resultado final obtenido del desarrollo y concatenación de todas las facultades anteriormente descritas y no como el simple desarrollo material y físico de un trabajo cualificado, ya que en este caso se contemplaría no su misión, sino únicamente una de sus funciones, y hay que entender como misión el de la suma de todas las funciones"*, no parece congruente con ello que afirmara que *"el máximo valor de la corrección debe de aplicarse a don Aniceto Antonio M., puesto que fue el único que realizó correctamente la interpretación del plano de replanteo"*, porque para esto únicamente tuvo en cuenta la simple función de *"interpretar el plano de replanteo"* y no otras que el mismo consideraba como integrantes de la compleja misión del encargado de obras, como las de organización *"de la ejecución de obras"* y la de proponer y colaborar con la Dirección facultativa en *"la solución de los problemas que se planteen durante*

la ejecución de las obras”, en las cuales fue, precisamente, según el Tribunal razonó, donde falló el apelante, puesto que, aunque aquél afirmaba que la ejecución había sido buena, era “muy corta en desarrollo” (sólo en un 50 por 100), con “alguna deficiencia en interpretación (tipo de junta)” y sin posible comprobación de la resolución “de los problemas finales”, por lo que, no desvirtuando estos extremos el informe del Perito, faltaban al Tribunal *a quo* elementos de juicio bastantes para decidir conforme a la pericia que se invoca, la que, en definitiva, se limitaba a coincidir con el criterio de los seleccionadores, porque, desde luego, también éstos habían estimado que el replanteo efectuado por el recurrente fue “absolutamente correcto”.

Procede, por cuanto queda razonado, que, con reproducción de cuantas consideraciones se contienen en la sentencia apelada, sea confirmada la misma, sin que se aprecien razones determinantes de una expresa imposición.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 27 junio 1986.)

II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *No infringe el principio de igualdad el otorgar prioridad en la convocatoria de un concurso de traslado de Profesores de Bachillerato, convocado por el MEC a los Profesores dependientes de éste, sobre los que dependen de las CA, por seguirse la norma contraria en las convocatorias que éstas efectúan como medio en ambos casos de lograr mayor estabilidad.*

La necesidad de centrar el debate en consonancia con la naturaleza especial del procedimiento entablado y la cuestión debatida obliga a determinar concretamente que, según el suplico de la demanda y de la argumentación empleada en la misma, el derecho fundamental presuntamente violado por el párrafo segundo de la base 4.4 de la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 21 de octubre de 1985 es el de igualdad, proclamado por el artículo 14 de la Constitución, respecto de todos los españoles ante la Ley, prohibiendo como consecuencia toda discriminación de los mismos por cualquier motivo o circunstancia, y ese principio de igualdad en la aceptación jurídica en que se emplea por tal precepto ha sido perfilado por las sentencias del Tribunal Constitucional como intérprete de la norma suprema, siguiendo la orientación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que impone dar igual tratamiento a situaciones iguales y que la igualdad sólo es violada si la desigualdad de trato está desprovista de una justificación objetiva y razonable, que debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida —sentencia de 2 de junio de 1981, entre otras—; y esta delimitación de materia litigiosa y del concepto jurídico del derecho fundamental, cuya protección se pide, ha de servir de punto de contraste con el que comparar la regla contenida en el precepto impugnado y ver si éste atenta al principio constitucional de igualdad.

En el juicio valorativo del tema, que culmina con el pronunciamiento oportuno sobre la pretensión deducida en la demanda, ha de ponderarse no sólo el texto aislado del precepto en cuestión, sino también el ámbito profesional y legal de su entorno, como medio idóneo de aflorar su finalidad y alcance del que deducir su verdadero significado el fin que nos ocupa; y así, si el párrafo dos de la base 4.4 referidos supone una diferenciación entre los concursantes de las Comunidades Autónomas y los del Ministerio de Educación y Ciencia, al posponer la adjudicación de plazas a aquéllos a la que se efectúe para éstos previamente, ello no entraña discriminación en el sentido expuesto por estar acreditado en autos que es una regla habitualmente uti-

lizada por las convocatorias de concursos de esta naturaleza, que la posposición de los profesores a que afecta conlleva un criterio de reciprocidad al conferirles a éstos un trato preferencial en las convocatorias que efectúan las Comunidades Autónomas respecto de los concursantes del Ministerio de Educación y Ciencia y del resto de las Comunidades, y que la norma en cuestión responde a la mira de conseguir un nivel mínimo de estabilidad temporal en los destinos en bien del interés general, representado en este caso por el buen funcionamiento del servicio educativo, es decir, que la diferenciación no es caprichosa y desprovista de justificación razonable, ni hay desproporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados, de lo que se sigue que el precepto objeto del pleito no atenta al principio de igualdad proclamado por la Constitución, por no tener finalidad discriminatoria alguna.

En su virtud procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada, con la imposición de costas que ordena el artículo 10.3 de la Ley rectora del proceso.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 24 octubre 1986.*)

2. *Provisión de vacantes. Prioridad de funcionarios de carrera sobre interinos y de éstos sobre los contratados.*

«Considerandos de la sentencia apelada:

Que la cuestión enjuiciada, en esencia, idéntica a las resultas reiteradamente por esta Sala en sentencias de 19 de mayo y 17 de noviembre de 1983, entre otras, se centra en resolver si el acto de contratación de funcionarios puede estimarse como medio válido para establecer la relación funcionarial entre el ente público y el funcionario sin tener en cuenta la preferencia que, para el desempeño del servicio, ha de estimarse a favor de los de Carrera y que ha de apreciarse, en todo caso, a tenor de lo establecido en la Ley de Funcionarios, que, en su artículo 6, determina los supuestos de contratación, solamente para la realización de estudios, proyectos, dictámenes y otras pretensiones, señalando que el objeto de los contratos será, entre otras modalidades, la colaboración temporal en las tareas de la respectiva dependencia, cuando por exigencias especiales de la función no pueden atenderse adecuadamente por los funcionarios de Carrera de que disponga el Organismo, precepto que no se opone al artículo 4 de la Ley 4 de 1981 de la Generalitat, al disponer que la contratación de personal en régimen de Derecho Administrativo se ha de hacer de acuerdo con el principio de objetividad y concurso de méritos, ni tampoco el Reglamento de 25 de junio de 1981, al referirse a la forma de contratación administrativa transitoria, supone una norma de cumplimiento excluyente, por cuanto en el mismo artículo se establece tal modalidad "mientras no se establezcan las formas de acceso a la condición de funcionarios de Carrera de la Generalitat, de su personal", pues, aparte de representar una ampliación de la normativa de la Ley 4 de 1981, *no puede vulnerar la reglamentación específica de los funcionarios públicos y las normas de obligado cumplimiento de todo el Estado español.*

Que la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de febrero de 1982 establece que, para la designación de quienes provisionalmente hayan de ocupar vacantes, no ha de acudirse a la contratación, sino a la interinidad, ni se trata de vacantes que definitivamente hayan de ser cubiertas por funcionarios de Carrera, y, además, declara que el carácter de excepcionalidad de la contratación administrativa impide utilizar este procedimiento como vía de provisión de puestos en la Administración Pública, por cuya razón, excluidos en el supuesto que se enjuicia el de tratarse de funciones de confianza o asesoramiento especial, conforme a la Ley 4/81, de 25 de febrero, y Decreto de 25 de junio, ambas de la Generalitat de Catalunya, y atendiendo al carácter restrictivo que marca el artículo 6 de la Ley de Funcionarios, ha de estimarse que solamente cuando los funcionarios de Carrera no puedan atender adecuadamente la función cabe acudir a la contratación, pero salvaguardando siempre la subsidiaridad proclamada, que no se contempla en las resoluciones

recurridas, sin que tal conclusión se oponga a la previsión del Decreto de 25 de junio de 1981 y Ley 4 de 25 de febrero del mismo año, al remitirse la contratación como un medio que no elimina las limitaciones de la misma en los casos que restrictivamente determina el repetido artículo 6.1 de la Ley de Funcionarios de 7 de febrero de 1964 y Decreto de 28 de abril de 1966.

Que, a mayor abundamiento, la Ley de la Generalitat de Catalunya de 4 de junio de 1981, en cuyo artículo 4 se respeta la normativa estatal básica —texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Decreto 315/1964, de 7 de febrero, y Decreto 1411/1968, de 27 de junio—, estableciendo únicamente que la convocatoria de concursos debe hacer constar la Tabla de Méritos a tener en consideración, por lo que, *en virtud de dichas prevalencias y supletoriedad de la legislación estatal básica, como quiera que ésta, digo, que en ésta, en el artículo 29 de la LFCE, se establecen requisitos básicos de publicación en la convocatoria de pruebas para el acceso a la función pública, que los artículos 1 y 3 del Decreto 1411 de 1986 desarrollan y concretan en la necesidad de insertar, en el correspondiente diario oficial, las bases íntegras de la respectiva convocatoria para la provisión de plazas, con carácter vinculante para la Administración y los interesados; por lo que, al infringirse, en la Orden recurrida, tal requisito de publicidad de las bases de convocatoria, debe anularse la misma por ser contraria a Derecho*, a tenor de lo dispuesto en los artículos 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los considerandos de la sentencia apelada.

Las alegaciones de apelación deducidas por la Generalidad de Cataluña reproducen las cuestiones planteadas por dicha parte en la contestación a la demanda, postulándose aquí también su resolución en el mismo orden subsidiario que, en cuanto a inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por carencia de legitimación del Estado accionante, y alternativa desestimación de aquel recurso, quedó promovido en la mencionada contestación, todo lo cual a virtud de argumentos que se hallan desvirtuados en las aceptadas consideraciones de la sentencia recurrida, sin que la insistencia argumental de la Comunidad Autónoma apelante implique, así, cuestiones propias de una segunda instancia, es decir, no ya meramente reiterativas de la situación del *dubium* en el momento procesal anterior a la sentencia del Tribunal *a quo*, sino en cuanto referido el contradictorio a dicha sentencia en toda su unitaria estructura de antecedentes, motivación y fallo, como objeto primario del recurso de apelación; para lo cual no bastan simples reafirmaciones por la apelante de lo alegado ante la Audiencia, ni coberturas con distinta redacción de lo que semánticamente cabe reducir a lo mismo en el ámbito lógico de los razonamientos, pues así no alcanzan, las alegaciones de la expresada apelante en tal forma deducidas, a formalizar la crítica en Derecho de aquella sentencia salvo lo que de oficio cupiere apreciar al Tribunal *ad quem*, directamente o a través del artículo 43 de la Ley Jurisdiccional, en orden a resolver cuestiones de diversa manera de la contenida en las conclusiones de la Sala sentenciadora que dan lugar ahora a la aceptación de sus congruentes motivaciones ya exigidas en el artículo 120.3 de la Constitución. Máxime cuando el actual recurso de apelación contempla supuestos semejantes a otros sobre los cuales la *jurisprudencia de esta Sala adoptó criterios estimatorios del recurso contencioso-administrativo y con respecto de los mismos se halla vinculada a su mantenimiento por aplicación de los principios de seguridad jurídica, garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución, y de unidad de jurisprudencia acogido en el artículo 102.1.b) de la citada Ley de lo Contencioso-Administrativo* —sentencia de esta Sala Cuarta de 23 de enero de 1986.

Es, obviamente, improcedente la alegada, y aquí reiterada, causa de inadmisibilidad, ya que *la legitimación para el actual contencioso de la Adminis-*

tración General del Estado se halla reconocida en nivel de Ley por la de 5 de octubre de 1981, en su artículo 2, siendo de suyo compatible e independiente de la que dicha Administración del Estado también posee para acudir al Tribunal Constitucional en conflicto de competencias o, en general, para ejercitar cualquier otro modo de defensa de los que le están atribuidos; y cumple aquí añadir, en cuanto al tema de fondo básico y esencial del litigio, que, referido éste a la conformidad o no a Derecho y la Orden de convocatoria emanada de la Generalidad, preciso es tener en cuenta que el control jurisdiccional de ese ajuste al Ordenamiento jurídico trasciende del nivel legal a que ciñe el artículo 1.º de la Ley Jurisdiccional y se extiende al mismo análisis en el ámbito o nivel constitucional cuando la disposición o acto impugnados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pueda incurrir en vulneración de alguno de los derechos fundamentales, en este caso el de acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad y con los requisitos que establezcan las leyes; derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución, y a cuyo respeto y efectividad, cualquiera que fuere la clase de procedimiento seguido ante la Jurisdicción, quedan vinculados todos los poderes públicos por imperio del artículo 53 de la misma Ley Fundamental del Estado; es decir, tanto queda vinculada la Administración General del Estado como la Generalidad de Cataluña, actuando la primera en este sentido al abrir con la demanda la central cuestión de si la igualdad constitucional debe aquí configurarse sobre el igual mantenimiento en la Orden de convocatoria del concurso de las diferentes posiciones funcionariales y correlativos derechos a ocupar vacantes originaria y respectivamente resultantes, por un lado, de la legalidad invariante y básica, como tal reservada al Estado en el artículo 149.1.18 de la Constitución, rectora de la función pública y ya citada con el suficiente detalle en la sentencia de la Sala Territorial, y, por otro lado, de la Ley del Parlamento de Cataluña de 4 de junio de 1981, de Medidas Urgentes sobre la Función Pública, en lo que aquí concierne al personal ya contratado por el Ente autónomo con respecto a servicios especiales, concretos y determinados, en uso la Generalidad y sus órganos delegados de competencias transferidas por el artículo 10.1.1 del Estatuto de Autonomía, y así ajustadas a la Constitución, bien que dentro de la primacía de bases legales del régimen funcionarial del Estado, conforme a doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1982, de 8 de febrero. Y, si bien no aparece concretamente rechazada en la sentencia recurrida la expresada causa de inadmisibilidad, debe entenderse tal cuestión implícitamente allí resuelta al examinar la tesis de falta de legitimación, sin que exista, por lo tanto, incongruencia.

La básica cuestión de fondo sobre igualdad constitucional planteada en la demanda, y que envuelve la de trato discriminatorio a los funcionarios estatales por supresión en la convocatoria de sus derechos generales preferentes, ha de ser específicamente resuelta en la sentencia a tenor de los elementales principios de congruencia acogidos en los artículos 80 y 102.1.g) de la Ley Jurisdiccional, hallándose implícitamente resuelta en la recurrida sentencia al reconocer la preferencia de aquellos derechos funcionariales frente a los del personal simplemente contratado; doctrina que es aquí de confirmar por cuanto que asignar igual trato a las mencionadas y distintas posiciones funcionariales, acreditativas también de diferentes regímenes de ingreso y actuación, estatutario y contractual en una y otra clase de empleo al servicio de la Administración Pública, implica situación lesiva del derecho fundamental de referencia, y esto basta, en cuanto que la Constitución se integra y a la vez integra en su cúspide el Ordenamiento jurídico, para anular la Orden de convocatoria de concurso aquí impugnada, con la consecuente estimación del recurso contencioso-administrativo de conformidad con los artículos 83.2 y 84.a) de la Ley Jurisdiccional.

Los precedentes razonamientos, con más los aceptados de la sentencia del Tribunal a quo, determinan la confirmación de la misma y aunada desestimación del recurso que la impugna; sin que sean de apreciar temeridad o

mala fe en orden a una expresa imposición de las costas procesales.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 11 julio 1986.*)

3. *La ausencia de normas directamente aplicables a la provisión de plazas de Profesor adjunto no comporta la titularidad del Rector de facultades arbitrarias para resolver si debe proveerse por concurso de traslado u oposición. Necesidad de fundamentar la decisión y basarla en la normativa analógicamente aplicable, con subordinación al interés general. Arbitrariedad y discrecionalidad.*

«La parte apelante combate la sentencia apelada que —dice— resuelve por aplicación no de un precepto legal concreto y directo, sino de un criterio de analogía, en virtud de la cual entiende aplicables las normas que rigen la provisión de Cátedras de Universidad —Ley de 24 de abril de 1958— y la de vacantes en los Cuerpos de Funcionarios del Estado —Texto Refundido por Decreto 315/1964, de 7 de febrero—, y frente a ello opone que no existe razón alguna para extender analógicamente tales normas al Cuerpo de Profesores Adjuntos, ya que, como razona el informe de 27 de marzo de 1980, precedente inmediato de la resolución de 5 de febrero de 1981 (confirmatoria de la recurrida de 28 de enero de 1980), a falta de una norma específica reguladora, es el Rectorado respectivo el que debe decidir sobre la provisión de vacantes, con criterio discrecional, que debe prevalecer en ausencia de norma legal o reglamentaria.

Ante todo, resulta imposible admitir que la "falta de una norma específica" (legal o reglamentaria) sobre la provisión de vacantes en el Cuerpo de Profesores Adjuntos de Universidad pudiera dar paso a una decisión absolutamente discrecional del Rectorado respectivo sobre las plazas vacantes que hayan de cubrirse por turno de traslado y las que hayan de cubrirse por el de concurso. Resulta imposible, porque la Constitución dice que la Administración ha de actuar "con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho" (artículo 103.1), y que está sujeta "a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (art. 9.1), y, por tanto, y dado que el Código Civil dice en su artículo 4 que "Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias reguladas por otras Leyes" (núm. 3) y que "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón" (núm. 1), si se parte de la "falta de una norma específica" (legal o reglamentaria) que contemple la provisión de vacantes en el Cuerpo de Profesores Adjuntos de Universidad, de ello resultaría la procedencia de aplicar a tal provisión las normas que regulan la del Cuerpo de Catedráticos de Universidad, o, en último extremo, las que rigen las de los Cuerpos de Funcionarios Civiles del Estado (pues se aprecia una evidente "identidad de razón"); pero, además, y aun suponiendo que tales normas no resultasen aplicables, tampoco podría admitirse una decisión total y absolutamente discrecional, en el sentido de que el Rectorado pueda elegir libremente, y sin atenerse a regla alguna objetiva, sobre si una vacante debe cubrirse por el turno de traslado o por el de concurso, ya que la Constitución impone a la Administración (art. 103.1) que sirva "con objetividad los intereses generales", y a los Tribunales (art. 106.1) que controlen "la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican", y ello obligaría por sí sólo a declarar contraria a Derecho una Orden como la de 28 de enero de 1980, en la que no se da una sola razón que intente (al menos) explicar cuáles son los fines que puedan justificar la decisión que en ella se adopta, ni los "intereses generales" que objetivamente reclamen, o aconsejen, tal decisión; lo que tampoco hacen la resolución de 5 de febrero de 1981 (que confirmó la de 28 de enero de 1980), ni el informe (aludido por la parte apelante) de 27 de mayo de 1980, que se limita a sostener

la tesis de que, "a falta de una norma específica reguladora", el Rectorado respectivo debe decidir con criterio discrecional. Pero la discrecionalidad no ha sido jamás (y menos puede serlo a partir de la Constitución, en virtud de lo dispuesto en sus citados artículos 103.1 y 106.1, y también en el 9.3, *in fine*) la posibilidad de decidir libérrimamente, sin atenerse a ninguna regla o criterio objetivo. Esto último es arbitrariedad, y, como ha dicho recientemente la Sala 4.ª de este Tribunal —en sentencia de 21 de noviembre de 1983—, "discrecionalidad y arbitrariedad entrañan unos conceptos antagónicos". El artículo 9.3 de la Constitución garantiza "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" y, por tanto, la de la Administración, que, aun en el ejercicio de una indiscutible potestad discrecional, ha de someter su actuación a los fines que la justifican y servir objetivamente los intereses generales (arts. 103.1 y 106.1 de la misma Constitución), y, por tanto, las resoluciones de 28 de enero de 1980 y 5 de febrero de 1981, que (como hemos dicho) ni siquiera intentan dar una sola razón que pueda justificar la decisión que adoptan, serían, en todo caso, contrarias a Derecho, por arbitrarias, y deberían ser anuladas y dejadas sin efecto.

Por último, y a mayor abundamiento, la sentencia apelada no sólo basa su decisión en la posibilidad de aplicación analógica de las normas sobre provisión de vacantes de la Ley de 24 de abril de 1958 y del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, sino también (y en contra de lo que dice la parte apelante) "en base a la aplicación de un precepto legal concreto y directo" relativo a la provisión de plazas de profesores adjuntos: el contenido de la Orden Ministerial de 12 de junio de 1978, publicada en el "Boletín Oficial del Estado" de 24 de agosto de 1978, a lo que se refieren expresamente el considerando 1.º, C), y el 2.º, que dice que para resolver la cuestión planteada "es preciso partir" de la citada Orden Ministerial, cuyo contenido resume e interpreta extensa, clara y certeramente, basando en él de modo principal, la estimación del recurso; por todo lo cual debemos confirmar totalmente la sentencia apelada, tanto en su fallo como en sus considerandos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 4 julio 1986.*)

4. *Carácter excepcional de los funcionarios contratados según el artículo 6 LF y la DA 2.ª, RD 30 marzo 1977. Improcedencia de concurrencia con funcionarios de carrera en concursos para provisión de plazas.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Se aceptan los considerandos de la sentencia apelada.

Alega la parte apelante que en este caso la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que se trata de proveer una plaza de colaboración técnica de servicios especiales y no de Jefatura, que deba ser cubierta por funcionarios de carrera, argumento que no es válido, porque, pese a ello, se reconoce por dicha parte que se ha procurado llevar a cabo mediante un contrato administrativo, por lo que al régimen de esta clase de contratación hay que estar sin apartarse del establecido por la legislación básica del Estado, constituida fundamentalmente por el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles y la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley de 30 de marzo de 1977, que concretan el concepto y consiguiente "status" del personal contratado, resultante de permitir una contratación rigurosamente excepcional al ser sólo posible en consideración a las causas y misión que justifican su recluta, por hallarse ésta únicamente autorizada para la "realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia" o a la "colaboración temporal en las tareas de la respectiva dependencia administrativa, en consideración del volumen de la gestión encomendada al Ministro, Centro o Dependencia", por cierto —y ello resulta particularmente trascendente— "cuando por exigencias o circunstancias especiales de la función no puedan atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera de

que disponga el Organismo", preferencia absoluta de estos últimos, condicionante de aquella especial contratación, que, evidentemente, impide la equiparación indiscriminada de trato entre unos y otros al tiempo de cubrir puestos en la Administración, siendo de tener muy en cuenta que, como declaró la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de febrero de 1982, "el carácter básico que, sin duda, tiene el principio de excepcionalidad de la contratación administrativa consagrado en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado impide utilizar este procedimiento como vía normal de provisión de puestos en la Función Pública".

En tal sentido, la convocatoria en cuestión tenía que producirse, por una parte, una vez acreditada la inexistencia de funcionarios de carrera de que dispusiera el Organismo para atender la concreta misión encomendada a los convocados "dadas las exigencias o circunstancias especiales" de aquélla [número 2.a) del art. 6 citado], y, por otra, consignando que tal contratación iba a hacerse por un determinado periodo de tiempo improrrogable y no renovable (núm. 2 de la expresada Disposición adicional), pues así lo exige detalladamente el artículo 13 del Decreto de 30 de junio de 1966, que, para advenir la dicha excepcionalidad, ordena que en la propuesta para la celebración de estos contratos habrán de consignarse las circunstancias que detalla y que en la convocatoria en cuestión no se consignan, de todo lo cual se deduce que, aunque no se discute la constitucionalidad de la Ley autonómica de 4 de junio de 1981 —ni discutirse podía después de haber sido declarada por la citada sentencia del Tribunal Constitucional—, ni que la Orden de convocatoria no se ajuste a ella ni al Decreto de la Generalidad de 25 de junio del mismo año, lo que ocurre es que son una y otro los que no se acomodan a la legislación básica del Estado, como ya se puso de manifiesto entre otras sentencias de este Alto Tribunal por las de 23 de enero, 14 de febrero y 21 de abril de 1986, declarativas de que, en contra del repetido principio de excepcionalidad, se produce el artículo 1 del citado Decreto, a cuyo amparo se hizo la convocatoria, disponiendo que el régimen "general" de contratación del personal sometido al Derecho Administrativo "revestirá la forma de contratos administrativos transitorios, que se regularán a tenor de lo que se dispone en los artículos siguientes, sin perjuicio de la contratación excepcional, en aquellos casos en que sea necesaria, por los procedimientos establecidos en la legislación estatal, de aplicación supletoria", convirtiendo de este modo, en general, lo considerado como rigurosamente excepcional por la legislación básica del Estado y por el Tribunal Constitucional —y hasta por la propia Ley de 4 de junio, que así no lo disponía ni autorizaba a que se dispusiera—, legislación estatal que, además, resulta convertida por citado artículo en de aplicación supletoria cuando, según aquéllos, se caracteriza por una aplicación preferente, lo que indudablemente pone de manifiesto la disconformidad jurídica que la sentencia apelada declaró con base en los preceptos legales que, por su parte, cita y que damos por reproducidos como justificación —junto a lo que razonado queda— de la procedencia de que la misma se confirme.

En contra de esta conclusión no puede oponerse el argumento de que la propia Sala sentenciadora hubiera pronunciado la sentencia que se cita por la apelante declarando válido el sistema de contratación adoptado en el caso que por la misma fue resuelto, pues, además de que no consta su confirmación por este Alto Tribunal, principalmente es de tener muy en cuenta que, según la transcripción que de ellas se hace, no se refería a un supuesto de personal técnico administrativo de ninguna clase ni puesto de trabajo de igual naturaleza, sino de personal subalterno en que el procedimiento de selección pudiera ser diferente.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 11 julio 1986.)

III. DERECHOS

1. *Dedicación exclusiva e incentivo de cuerpo. A las Leyes de Presupuestos, aunque tienen vigencia anual, se incorporan también disposiciones de carácter permanente. Real Decreto-ley 3/83 y Ley 44/83.*

«El recurrente ejercita su acción para impugnar la refundición en uno sólo dos conceptos retributivos complementarios en sus nóminas de haberes desde enero de 1984, concretamente los conceptos retributivos de Dedicación Especial Docente y el Incentivo de Cuerpo, ya que la indicada refundición se produjo exclusivamente para el ejercicio económico de 1983, en virtud de los acuerdos del Consejo de Ministros en sus reuniones de los días 11 de mayo y 3 de agosto de 1983, publicadas mediante sendas resoluciones de 13 de mayo y 29 de agosto, respectivamente, estimando que, al continuar aplicándose los mismos durante 1984, se conculcan disposiciones legales de superior rango y se originan perjuicios para el recurrente.

El Real Decreto-ley de 20 de abril de 1983, número 3/83, sobre incremento provisional de haberes activos y pasivos de las funcionarios públicos, dice que la aprobación de los Presupuestos Generales para 1983 establecerá la estructura, régimen y cuantía de las retribuciones de los funcionarios públicos para este ejercicio económico, así como la procedente para las pensiones que se perciben con cargo al Estado. La urgencia de que dichas percepciones puedan ser satisfechas aconseja anticipar su percepción mediante el presente Real Decreto-ley; el artículo 1.º establece las retribuciones básicas correspondientes a los regímenes a que se refiere el Real Decreto-ley 22/77, de 30 de marzo, y a los especiales regulados en las normas dictadas al amparo de las disposiciones finales de dicha norma legal, fijando las cuantías, y el apartado 5.º de dicho Real Decreto-ley, en su artículo 1.º, dice que las retribuciones íntegras de los funcionarios, calculadas en base anual, experimentarán un incremento proporcional del 9 por 100 respecto a 1982, adecuándose la cuantía de las retribuciones complementarias al objeto de no rebasar dicho incremento. En los casos en que no sea posible la citada adecuación se reducirá transitoriamente, el sueldo señalado en el número 2.º de este artículo en la cuantía procedente, y para la instrumentación de lo previsto anteriormente podrán refundirse conceptos correspondientes a retribuciones complementarias; es decir, la posibilidad de proceder a la refundición de conceptos retributivos complementarios está justificada para instrumentar el incremento del 9 por 100 en las retribuciones totales íntegras, y la Ley 9/83, de 13 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 1983, en su artículo 2.º, apartado 5.º, viene a reproducir literalmente lo que ya había anticipado el Real Decreto-ley 3/83.

Estima el recurrente que la fase de provisionalidad del Real Decreto-ley 3/83 y la Ley de 13 de julio de 1983, sobre Presupuestos del Estado, deroga para ese año 1983 el sistema que venía establecido por Ley 31/65, Real Decreto-ley 22/77 y por los Decretos 889/72 y 493/78, en donde el complemento de Dedicación Exclusiva y el Incentivo de Cuerpo son conceptos retributivos distintos e independientes, y, como consecuencia de la temporalidad de las Leyes que los modificaron (13 de julio de 1983 y Real Decreto-ley 3/83), tales conceptos retributivos no pueden aplicarse para el ejercicio de 1984, el cual debía regirse por las normas anteriormente citadas, pero, aun siendo cierto que las Leyes de Presupuestos tienen vigencia anual, también lo es el que se incorporan a él disposiciones de vigencia permanente hasta su posterior derogación sin límite temporal. La Ley 13/83 y el Real Decreto-ley 3/83 derogaron las disposiciones anteriores que se oponían a este criterio, y la Ley de 28 de diciembre de 1983, número 44/83, de Presupuestos Generales del Estado para 1984 no vuelve al sistema anterior de desglosar los conceptos refundidos, por lo que no deroga el Real Decreto-ley anteriormente citado; por lo cual debe considerarse en vigor el Decreto que introdujo una modifi-

cación en los conceptos correspondientes a retribuciones complementarias, y las resoluciones del Consejo de Ministros de 13 de mayo y 3 de agosto de 1983 dictadas en cumplimiento y desarrollo del citado Real Decreto-ley.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 17 octubre 1986.*)

2. Sólo cabe apreciar retroactividad de las normas cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas. Evolución legislativa en materia de acceso de Profesores Agregados de Escuelas Universitarias del Cuerpo de Catedráticos.

«Los recurrentes, todos ellos Profesores Agregados Numerarios de Escuelas Universitarias (Cuerpo que en la actualidad se denomina Profesores Titulares de Escuelas Universitarias) impugnan y piden que se declare nula, anule o revoque y deje sin efecto la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de fecha 10 de enero de 1984; que se reconozca su derecho a acceder directamente al Cuerpo de Catedráticos de Escuelas Universitarias, una vez que obtengan el título de Doctor, cualquiera que sea la fecha en que éste se obtenga, y, subsidiariamente, se reconozca a que en los concursos que el Ministerio de Educación y Ciencia convoque para la provisión de Cátedras de Escuelas Universitarias se reserve, al menos, un 50 por 100 de las mismas a los Profesores Agregados de Escuelas Universitarias con título de Doctor, y piden, mediante un otrosí, que siendo dudosa la constitucionalidad de la disposición impugnada, en su apartado 4.º, así como la del artículo 39.4 y las disposiciones transitorias quinta, tercera y cuarta de la Ley de Reforma Universitaria, por infracción de los artículos 14, 23.2 y concordantes de la Constitución, se suscite, previos los trámites legales preceptivos, la cuestión de inconstitucionalidad de los citados preceptos ante el Tribunal Constitucional.

En el "Boletín Oficial del Estado" de 12 de enero de 1984 se publicó la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 10 de enero del mismo año, por la que se dictan normas de aplicación de las disposiciones transitorias cuarta, quinta (apartados 1, 2, 3 y 4), séptima y novena (apartados 5, 6 y 7) de la Ley 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria. El número cuarto de la citada disposición establece que, con efectos del 21 de septiembre de 1983, quedan integrados, en sus propias plazas, en el Cuerpo de Catedráticos de Escuelas Universitarias los Profesores Agregados de Escuelas Universitarias que a dicha fecha tengan la condición de Funcionarios de Carrera de este último Cuerpo y estén en posesión del título de Doctor al 10 de julio del presente año, y estiman los recurrentes para solicitar su nulidad que era distinta la situación de los Profesores Agregados antes de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria; que la indicada Ley no deroga completamente el Real Decreto de 15 de octubre de 1982, ni el artículo 115.2 de la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970, siendo anticonstitucional la Orden de 10 de enero de 1984 por la infracción del principio de igualdad, sin tener en cuenta los recurrentes que la mencionada Orden se dictó de total acuerdo con la disposición transitoria 5.3 de la Ley Orgánica de 25 de agosto de 1983, número 11/83, sobre Reforma Universitaria, que establecía que quedaban integrados en sus propias plazas en el Cuerpo de Catedráticos de Escuelas Universitarias los actuales Catedráticos Numerarios de Escuelas Técnicas de Grado Medio, de Escuelas de Comercio y Profesores de Plazas Escalonadas asimiladas a Catedráticos de coeficiente 4,5, así como los actuales Profesores Agregados de Escuelas Universitarias que con fecha 10 de junio de 1983 estén en posesión del título de Doctor, es por ello por lo que la Orden de 10 de enero reproduce en su integridad la antes citada disposición legal, lo que conduce inevitablemente a estimar que los recurrentes están impugnando a través de la Orden la Ley de Reforma Universitaria, siendo así que no cabe utilizar la vía contencioso-administrativa de impugnación de un Reglamento para impugnar indirectamente una Ley, y sin tener tampoco en cuenta que

la Ley de Reforma Universitaria introduce en sus disposiciones transitorias, precisamente por este carácter de transitoriedad, un sistema excepcional de acceso a la categoría de Catedrático que pretende resolver situaciones transitorias, y ésta es la razón por la que tiene que poner un límite material y temporal donde termine la situación de transitoriedad.

Si bien es cierto que antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria el acceso de los Profesores Agregados de Escuelas Universitarias al Cuerpo de Catedráticos de los mismos Centros venía regulada básicamente por el artículo 115.2 de la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970, por medio de un sistema mixto en el que se combinaba un sistema restringido, condicionado por la pertenencia a los Cuerpos de Agregados de las Escuelas (o de Catedráticos Numerarios de Bachillerato) y a la posesión del título de Doctor con un sistema de ingreso directo por concurso-oposición entre Doctores, y esta regulación vino a ser completada por el Real Decreto de 15 de octubre de 1982, por el que se establece el sistema de ingreso en el Cuerpo de Catedráticos Numerarios de Escuelas Universitarias y en donde se precisan en detalle los dos sistemas de ingreso previstos en la Ley, es decir, por concurso-oposición y por concurso de méritos, no es menos cierto que la Ley de Reforma Universitaria de 25 de agosto de 1983, en su disposición derogatoria, establece que quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la Ley; que las disposiciones, cualquiera que fuere su rango, regulen las materias objeto de la presente Ley y no se opongan a la misma continuarán en vigor como normas de carácter reglamentario, y en el número 3.º establece que las disposiciones que desarrollan la presente Ley derogarán de manera expresa las normas a que se refiere el apartado anterior, y siendo así que los artículos 36, 37, 38 y 39 de la Ley Orgánica de 25 de agosto de 1983 y la Orden de 10 de enero de 1984 regulan la forma y condiciones necesarias para poder acceder a las plazas de Catedrático, es evidente que en este aspecto quedaron derogadas la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970 y el Real Decreto de 15 de octubre de 1982, máxime si se tiene en cuenta que las disposiciones que desarrollan la presente Ley derogarán de manera expresa las normas a que se refiere la disposición transitoria número 2. Asimismo, a los indicados efectos, es de tener en cuenta la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 27/1981, de 20 de julio; 6/1983, de 4 de febrero; 42/1986, de 10 de abril, y, la más reciente, 108, de 29 de julio de 1986, que establece que la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico, señalando que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución española cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, porque lo que prohíbe el citado artículo es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece a campo estricto de la irretroactividad, pues las disposiciones impugnadas para nada alteran situaciones ya agotadas o perfectas, sino que se limitan a establecer para el futuro unos condicionados.

En relación con el planeamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de la Orden de 10 de enero de 1984, así como la del artículo 39.4 y las disposiciones transitorias tercera, quinta y sexta de la Ley de Reforma Universitaria de 25 de agosto de 1983, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, sólo cuando considere el Tribunal que una norma con rango de Ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en dicha Ley, y en el presente caso no se aprecia por este Tribunal esa infracción del principio de igualdad establecido en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, por lo que se estima que no procede acceder a la petición de anticonstitucionalidad de los preceptos impugnados.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 6 octubre 1986.*)

3. *Derecho de arquitecto contratado por el Ayuntamiento a abono de trabajos encargados al margen de la relación de servicio.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Las alegaciones formuladas por las partes a lo largo de las dos instancias han puesto de relieve la identidad del supuesto litigioso con otros que dieron lugar a procesos, entre los mismos litigantes, resueltos ya por esta Sala.

En este sentido, podría bastar la simple remisión a la doctrina sentada en las sentencias de 12 de diciembre de 1984 (apelación 81225) y 23 de abril de 1985 (apelación 82738). No obstante, las exigencias constitucionales (artículo 120.3) y legales de motivación de la sentencia (art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985) hacen preciso un resumen de aquella doctrina:

A) El actor, hoy apelante, era arquitecto contratado del Municipio madrileño desde 1968, en situación amparada por el artículo 9 de la Ley 108/1963, de 20 de julio, generándose así una relación de servicio que incorporaba temporalmente al demandante al personal municipal.

Con independencia de tal relación de servicio, el Municipio demandado fue encargando al actor una serie de trabajos profesionales que éste, aceptándolos libremente, fue llevando a cabo a sus expensas con medios materiales y personales propios, lo que vino dando lugar a la normal percepción de los correspondientes honorarios hasta el año 1976. Estas notas justificaron en las ya mencionadas sentencias la declaración del derecho a percibir los honorarios negados al demandante a partir de dicha fecha.

B) *Sobre la base de lo expuesto habrá que subrayar que la legitimación para reclamar la remuneración de su trabajo corresponde claramente al propio profesional, sin que la existencia de los Colegios profesionales, con sus peculiares cometidos, pueda suponer la eliminación de la legitimación del colegiado, entre cuyos derechos fundamentales figura el de obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos* (art. 24.1 de la Constitución).

Así, pues, en relación con la invocación que hace la parte demandada y apelada de la sentencia de 15 de julio de 1983, la Sala reitera la doctrina de las ya citadas de 12 de diciembre de 1984 y 23 de abril de 1985, en razón del principio de la buena fe (art. 7.1 del Título Preliminar del Código Civil) que debe inspirar siempre el ejercicio de los derechos.

La buena fe, concepto, quizá, más fácil de sentir que de definir, en cuanto principio jurídico, tiene muy distintas manifestaciones. En lo que ahora importa, implica una exigencia de coherencia con la confianza que en los demás ha podido razonablemente originar la conducta anterior del sujeto actuante. Los datos resumidos en el apartado A) del Fundamento jurídico anterior evidencian que el demandante pudo confiar seriamente en que sus gastos y sus trabajos adicionales iban a ser compensados económicamente.

Por consecuencia, resulta procedente la estimación del recurso de apelación y de la demanda (art. 83.2 de la Ley Jurisdiccional), sin que en aplicación de los criterios establecidos en su artículo 131.1 se aprecie base para formular una expresa imposición de costas.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 11 julio 1986.)

4. *Imprudencia de la equiparación de los profesores interinos de Instituto a los de carrera a efectos de retribuciones.*

«La sentencia de la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Bilbao de fecha 8 de junio de 1985, recaída en el recurso contencioso-admini-

nistrativo interpuesto por doña Rosaura D. S., profesora interina desde el 1 de octubre de 1978 hasta el 1 de octubre de 1982, en reclamación de la diferencia entre las retribuciones que le fueron abonadas y las percibidas por los profesores de Carrera, estimó totalmente el mencionado recurso y reconoció el derecho de la recurrente a percibir las diferencias de retribuciones reclamadas, sentencia que es objeto del presente recurso extraordinario de revisión, interpuesto por el Gobierno vasco, con fundamento en el artículo 102.1.b), en relación con el 43, ambos de la Ley de esta Jurisdicción, por entender que la misma es contradictoria con la dictada por la Sala de la misma Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Oviedo de 6 de julio de 1984, que para los meses del año 1978 objeto de reclamación reconoció a los profesores interinos y contratados el derecho de percibir la retribución resultante de incrementar en un 21,5 por 100 las íntegras que le fueron abonadas en el año de 1977, concurriendo los presupuestos de admisibilidad del recurso, por lo que procede el examen del motivo de revisión alegado.

Que entre la sentencia objeto del recurso de revisión y la antecedente con la que se contrasta existe identidad en la situación de los litigantes, que son en ambos casos profesores interinos o en prácticas, y la Administración en la que prestan servicios, se alegan los mismos hechos, es decir, los servicios prestados como profesores interinos o contratados en los años 1978 y siguientes, sin que suponga modificación, como ya señaló la sentencia de la Sala de fecha 28 de abril último, la diferencia en los períodos objeto de reclamación, para llegar a las soluciones distintas ya señaladas, al resolver idénticas pretensiones, con base en una interpretación diferente del Real Decreto de 2 de marzo de 1978 y Leyes que aprobaron los Presupuestos Generales del Estado para los años 1979 y siguientes, que impone la necesidad de establecer la doctrina correcta y las consecuencias que procedan.

Formulada la reclamación por una profesora interina, por el período de tiempo comprendido entre el 1 de octubre de 1978 hasta el 1 de octubre de 1982, la doctrina correcta es la establecida en la sentencia antecedente de la Sala Territorial de Oviedo, que desestima el recurso, con fundamento en que para los meses del año 1978 el párrafo segundo de la disposición final del Decreto 493/78, de 2 de marzo, estableció un incremento del 21,5 por 100, no siendo tampoco de aplicación a los profesores interinos en los años 1979, 1980, 1981 y 1982 la equiparación establecida en el primer párrafo de la disposición final del Decreto 493/1978, ante las previsiones específicas que para estos funcionarios establecieron las Leyes 1/1979, 42/1979, 74/1980 y 44/1981, al establecer un límite en el incremento de sus retribuciones íntegras, doctrina que también sostiene el Gobierno vasco en su escrito de contestación a la demanda, con la necesaria consecuencia en orden a la rescisión de la sentencia objeto del recurso y desestimación del contencioso-administrativo promovido por doña Rosaura D. S. contra resolución del Departamento de Educación y Cultura del Gobierno vasco, que por silencio administrativo denegaron su petición de equiparación de retribuciones a los profesores de Carrera en el período señalado.» (Sentencia de la Sala 5.ª, 21 julio 1986.)

5. *El pase a la situación de retiro no comporta por sí sólo y necesariamente el derecho a pensión si no concurren los requisitos exigidos por la legislación aplicable.*

«Es un dato decisivo que el recurrente ingresase en la Escala Técnica de Radio-Telegrafía como funcionario civil en el año 1957, causando baja en la Escala Activa de Especialistas de Radio-Telegrafía del Ejército del Aire, por no prestar ya servicios de carácter militar, quedando en situación de disponible en la Escala de Complemento; esto es, que desde que se ingresa en el servicio civil se deja de ser profesional militar, según las condiciones de su concurso de acceso al servicio civil, y se tiene ingreso en la Escala de Complemento, no directamente, sino en razón a su procedencia de una Es-

cala Profesional del Ejército, por lo que la normativa aplicable al caso del recurrente nunca puede ser la contenida en las Leyes de 26 de diciembre de 1957 y 8/1977, de 4 de enero; también es importante resaltar que la mera declaración, tardía o no, de retirado, de por sí no otorga derecho a pensión, como con reiteración declara esta Sala en aplicación de la normativa correspondiente, a no ser que, al propio tiempo, se reúnan las condiciones precisas exigidas por la legislación que resulte aplicable, las que el recurrente, como con acierto declara el Consejo Supremo de Justicia Militar, no reúne, pues la fecha a la que hay que referir los servicios prestados efectivamente en el Ejército para causar pensión militar es la de su pase a la situación de disponible en la Escala de Complemento, esto es, la de 1957, en que ingresa en el servicio civil y abandona el servicio de Armas, fecha en la que no reúne las condiciones para causar pensión civil en aplicación del Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926, dado que con fecha 30 de diciembre de 1957 percibió sus últimos haberes militares, y por ello resulta ser la legislación aplicable, sin posibilidad de invocar la aplicación de las Leyes 112 y 113 de 1966, ni su texto refundido por Decreto 1211/72, dado que no se puede estar sometido a la vez a dos Estatutos.

El recurso busca se declare haber lugar a devengar una pensión militar en mérito de los servicios de este carácter que el recurrente prestó, aunque insuficientes para ello, si bien pueden ser computados en la determinación de su pensión civil; problema distinto al que se plantea, o considerando aisladamente los servicios militares que de por sí no son suficientes, como se ha argumentado, para causar pensión militar, dado que, perteneciendo a la Escala de Complemento, en ella no ha prestado servicio alguno, no siendo bastante con pertenecer a una Escala en la que no se presta servicio, debiendo entenderse que en la citada Escala de Complemento no continúa en situación de actividad, sino en la de disponible, hasta que para él se acuerde el retiro por cumplimiento de edad, como procedente que es de una Escala Profesional del Ejército.

Por lo demás, al Consejo Supremo de Justicia Militar no se le pueden plantear cuestiones acerca del alcance y naturaleza de todas las declaraciones de situaciones militares que sobre el recurrente han incidido, pues éstas son cuestiones a combatir impugnando las resoluciones de la Administración, por lo que se impone la desestimación del recurso, sin que hallemos motivos para hacer una concreta condena en costas.» (*Sentencia de la Sala 5.º, 15 julio 1986.*)

6. *Convivencia marital. La DA 10 de la Ley 30/81 es aplicable a toda clase de pensiones causadas por fallecimiento del funcionario o asegurado sujeto de las mismas. Proporcionalidad.*

«Dos son las alegaciones de la demanda en apoyo de su pretensión de anulación de las resoluciones recurridas que conceden a doña Carmen D. L. como pensión pasiva el 12,27 por 100 del haber regulador del causante, restando esa proporción del 40 por 100 del mismo que venía percibiendo la actora doña Vicenta G. F., como viuda del Teniente de Oficinas Militares don Fernando V J.: la primera, inaplicabilidad al caso de la disposición adicional 10 de la Ley 30/81, por referirse sólo a pensiones de la Seguridad Social, y, la segunda, no estar acreditada la convivencia de la señora D. como esposa del causante de forma continuada, cuestiones que han de ser examinadas y resueltas.

La citada disposición, en la que se basan los acuerdos combatidos, es aplicable a toda clase de pensiones causadas por fallecimiento del funcionario, o asegurado, sujeto de las mismas; si bien el párrafo 1.º se refiere a las pensiones de la Seguridad Social, el 3.º incluye toda clase de las de carácter pasivo, por lo que esta alegación ha de ser desestimada, al haber fallecido el

causante con anterioridad a la aprobación, promulgación y vigencia de la Ley 30/81.

Los hechos de la convivencia como esposa de doña Carmen D. L. están acreditados en el expediente, como afirman las resoluciones impugnadas, y no se trata de períodos intermitentes, como dice la actora, pues en los sucesivos destinos del causante, con cambio de residencia en todos (Cádiz, Tenerife, Almería y Málaga), han vivido juntos, se han empadronado en el mismo domicilio, además de hechos que prueban una intención, como la póliza de seguros a favor de doña Carmen D., y demás documentos, cartas y telegramas, unido a que a ninguna de estas poblaciones se ha trasladado la demandante; estas pruebas no han sido contradichas por ninguna otra, lo que lleva a la desestimación del recurso.» (Sentencia de la Sala 5.ª, 15 julio 1986.)

7. La convivencia matrimonial no supone la concesión automática de pensión en caso de fallecimiento del causante, sino que es necesario acreditar diligencia en regularizar la situación extramatrimonial. Análisis de los principios aplicables.

«La cuestión planteada en este recurso, que la parte actora concreta en el quinto de los fundamentos jurídicos de la demanda, es —utilizando sus mismas palabras— si, en definitiva, nuestro ordenamiento jurídico protege a la mujer no casada, pero que, efectivamente, ha convivido por un prolongado tiempo en relación familiar heterosexual, en su pretensión de percibir pensión por muerte de su compañero.

Tal planteamiento, en el que se parte de la existencia de una relación familiar entre quienes no están ligados por un vínculo matrimonial, por entenderse que nuestra Constitución consagra la familia como relación heterosexual, matrimonial o no, de mutua fidelidad, afecto marital y comunidad de vida, para luego concluir que la accionante tiene derecho a obtener la pensión solicitada por su convivencia con el causante difunto, exige que puntalicemos que, aunque es innegable la existencia de relaciones familiares al margen de la institución matrimonial, como son las relaciones paternofiliales cuando los progenitores no están casados, también lo es que el matrimonio está concebido en nuestro ordenamiento jurídico como modo único y constitutivo de la sociedad conyugal y, a la vez, y por ello, como base fundamental de la familia y modo normal de constitución de la misma.

Que ello es así puede inferirse sin dificultad de una Ley postconstitucional como la de 7 de julio de 1981, que, al dar nueva redacción al título IV del libro primero del Código Civil, ha adaptado la regulación del matrimonio a la Constitución, sin que quepa invocar en contrario lo que al respecto establece el artículo 39 de dicho Texto fundamental, pues, aunque es verdad que en él no se define a la familia como relación de convivencia mutua dentro del matrimonio, sino que se dispone que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la misma, quizá porque en el párrafo 2 se impone a aquéllos la obligación de dispensar una protección integral a los hijos, iguales ante la Ley con independencia de su filiación, y a las madres, cualquiera que sea su estado civil, lo cierto es que, al menos en el actual desarrollo de nuestro Texto constitucional, el matrimonio está en la raíz de la sociedad conyugal, por lo que no puede tildarse de discriminación y contraria a los principios constitucionales una interpretación que no desboque en una plena igualdad en el tratamiento jurídico de las uniones matrimoniales y las de mero hecho en relación con la cuestión debatida en este recurso, ya que no debe olvidarse que el artículo 39 de la Constitución, al encontrarse ubicado en el capítulo tercero, título primero, es decir, dentro de los principios rectores de la política social y económica, aunque debe informar, la práctica judicial sólo puede ser alegado ante los Tribunales, a tenor

del artículo 53.3 del propio Texto constitucional, de acuerdo con lo que disponen las Leyes dictadas en su desarrollo.

Por otro lado, que el matrimonio es el modo normal de fundar una familia es algo que late en el artículo 32 de dicho Texto y en los artículos 23.2 y 10.1 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente, de Nueva York, y, asimismo, en el artículo 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

Hecha esta primera puntualización, es preciso añadir que la legislación en materia de clases pasivas, representada fundamentalmente en la esfera de la Administración Civil del Estado por el Texto refundido de 21 de abril de 1966, y respecto al personal militar y asimilado por el de 13 de abril de 1972, con las modificaciones derivadas de las Leyes de Presupuestos para 1985 y 1986, supedita la percepción de la pensión de viudedad a que el causante fallezca en estado de casado. Así resulta de lo establecido al respecto en los artículos 31 y 36 de los Textos refundidos antes citados y artículo 32 de la Ley de Presupuestos para 1985.

En esta regulación ha incidido la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, como consecuencia de la introducción del divorcio en nuestro ordenamiento positivo, al reconocer en favor de quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente hasta entonces, pero hubieran vivido como tal, el derecho a participar en la pensión de viudedad con el cónyuge legítimo, es decir, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante siempre que el fallecimiento de éste hubiera acaecido con anterioridad a la vigencia de la indicada Ley.

Por tanto, el propósito de esta nueva normativa —calificada por el propio legislador de provisional— es extender el régimen de pensiones a aquellas situaciones extramatrimoniales estables que no pudieron ser legalizadas en el derecho anterior por el carácter indisoluble del matrimonio y a las que la Ley antes citada vino a dar respuesta con la introducción del divorcio como causa de disolución del matrimonio, cualquiera que fuere la forma y el tiempo de su celebración (art. 85 del Código Civil).

De cuanto ha quedado expuesto pueden obtenerse las siguientes conclusiones:

1) Que la percepción de la pensión de viudedad está supeditada en nuestro ordenamiento jurídico a que el causante fallezca en estado casado. Como consecuencia de ello no basta la existencia de unión extramatrimonial para que el sobreviviente tenga derecho a percibir pensión de viudedad.

2) En el caso de uniones extramatrimoniales establece que no pudieron ser legalizadas por estar casado cualquiera de los convivientes y no encontrarse admitido en nuestro derecho positivo el divorcio como causa de disolución del matrimonio, el legislador ha extendido al que sobreviva de aquéllos el régimen de pensiones en concurrencia con el cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, siempre que el fallecimiento de éste hubiere acaecido con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1981.

3) Por analogía con las situaciones anteriores, dado que existe identidad de razón (art. 4.1 del Código Civil), hay que entender que la extensión del régimen de pensiones comprende aquellos casos en que, no obstante haberse producido el fallecimiento del causante después de la entrada en vigor de la expresada Ley, el conviviente o convivientes ligados por un vínculo matrimonial con terceros acudieron diligentemente a regularizar su situación extramatrimonial, entablando al efecto la oportuna demanda de divorcio, ya que la introducción en nuestro ordenamiento de esta causa de disolución del matrimonio no lleva consigo efectos automáticos, sino que, por el contrario, requiere unos trámites procesales que tienen una duración en el tiempo.

Pasando ahora al terreno de los hechos, aunque en el supuesto de autos está acreditada la convivencia de la actora con el causante de la pensión durante un dilatado tiempo —desde agosto de 1936 hasta febrero de 1984 en que se produjo el fallecimiento de éste—, es claro, como hemos visto, que

no es suficiente esta situación de hecho para que la pretensión de aquélla pueda prosperar. Y tampoco lo es por la circunstancia de que el causante acudiera a entablar un proceso canónico de nulidad de matrimonio, porque este hecho es por completo ajeno al espíritu y finalidad de la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981, tanto en sí mismo como en lo que se refiere a la oportunidad temporal de su planteamiento, puesto que no guarda relación alguna con la modificación introducida en nuestro derecho matrimonial como consecuencia de la promulgación de la indicada Ley.

Por consiguiente, no existiendo identidad de razón entre el supuesto de autos y el previsto en la disposición adicional antes citada, cuya *ratio*, como ya adelantamos, ha sido extender el régimen de pensiones de viudedad a aquellas uniones extramatrimoniales estables que no podían ser legalizadas en el Derecho anterior a la Ley 30/1981, por no estar hasta entonces admitido el divorcio como causa de disolución del matrimonio, procede desestimar el presente recurso al no detectarse en los actos administrativos recurridos infracción alguna del ordenamiento jurídico.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 15 julio 1986.*)

8. *Procedencia de concesión de pensión por convivencia marital cuando el causante tramitaba el divorcio en el momento del fallecimiento.*

«El causante había vivido separado voluntariamente de su esposa legítima desde el día 22 de julio de 1954, en que acordaron separarse amistosamente, y venía conviviendo maritalmente con la recurrente, según consta por las pruebas practicadas en el expediente administrativo, desde hacía más de veinte años, de la que tenía dos hijas menores reconocidas. Publicada la Ley 30/81, de 7 de julio, en fecha de septiembre de 1982 instó demanda de divorcio con intención de contraer matrimonio con la madre de sus hijos, durante cuya tramitación y a falta de sentencia falleció el día 5 de enero de 1984.

La disposición adicional 10.2.ª de la Ley citada establece que quienes no hubiesen podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubiesen vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de la Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el artículo 1.º de la disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que establece en el apartado siguiente.

Literalmente interpretada esta disposición, falta el supuesto de hecho previsto por la Ley: el fallecimiento del conviviente causante de la pensión con anterioridad a la vigencia de la misma. Sin embargo, hay que corregir tal consecuencia con una interpretación de la norma adecuada a su finalidad y a la realidad social, como establece el artículo 3 del Código Civil, elementos que comportan que se extienda la solución legal a la resolución de situaciones irregulares surgidas con anterioridad a ella. Por consiguiente, como la Ley de 7 de julio de 1981 no operaba automáticamente, sino que para obtener la regularización de las convivencias de hecho es necesario obtener previamente una sentencia de divorcio, trámite que supone el transcurso de un tiempo más o menos dilatado, cuando de las circunstancias del caso, como declara la sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 1986, se deduzca que el interesado ha actuado con la diligencia precisa y tiene la intención de contraer matrimonio con la conviviente, se debe aplicar a estas situaciones la disposición adicional 10.2.ª de la Ley 30/81.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 12 septiembre 1986.*)

IV. SITUACIONES

1. *La situación de los funcionarios de la Administración del Estado adscritos a TVE es la de servicio activo. Diferencia de esta situación con la Comisión de Servicio.*

«La cuestión planteada en el recurso de reposición y en el jurisdiccional es si los recurrentes, que prestan sus servicios en el Ente Público Radiotelevisión Española, se hallan en el mismo en la situación de servicio activo previsto en el artículo 41.1.c) de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, es decir, en Comisión de Servicio, tesis que sostiene la Administración con base en que su situación de servicio activo en el Ente se corresponde, según la Comisión Superior de Personal, con la de en Comisión de Servicio, o, si, como pretenden los recurrentes, es la de servicio activo del apartado a) del mismo artículo 41.1, planteamiento que de forma palmaria, sin resquicio alguno para la duda, se manifiesta en las resoluciones administrativas, en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, muy especialmente en el apartado B) del cuarto de los fundamentos de Derecho, a cuyo planteamiento se acomoda la petición que se formula en el apartado segundo de la súplica del escrito rector del proceso, bien que por error en la transcripción de un guarismo se mencione el artículo 44.1.3, en vez del 41.1.3 de la Ley de Funcionarios de 1964, error puramente material y perfectamente detectable, tanto por el planteamiento de la cuestión en la vía administrativa y jurisdiccional a que antes se ha hecho referencia, como por la propia súplica del escrito de demanda, pues la expresa petición de que se declare que los recurrentes se encuentran en situación activa de destino necesariamente debe entenderse referido al artículo 41, que es el que las contempla, y no al 44, que trata de la excedencia forzosa, situación claramente diferenciada de la de servicio activo, como así lo entendió el propio representante de la Administración, que en su escrito de contestación mantiene el planteamiento y argumenta sobre la petición que realmente se formula, bien que defendiendo la postura de la Administración de que la situación de activo de los recurrentes en el Ente se corresponde con la de Comisión de Servicio, por lo que la sentencia que se revisa incurre en incongruencia, puesto que el fallo desestimatorio del recurso se basa en la inexistencia de una situación de excedencia forzosa, por reforma de plantilla o supresión de plaza, que no se planteó en ningún momento ni fue objeto de la pretensión ejercitada en la súplica de la demanda, salvando el error material evidente cometido en la cita del correspondiente precepto legal, lo que determina la procedencia de rescindir la sentencia objeto del recurso y resolver las cuestiones debatidas en el mismo, pues aunque la Ley Procesal de esta Jurisdicción incluye la incongruencia entre los motivos de revisión, tiene en la Ley de Enjuiciamiento Civil carácter casacional, incardinable en el artículo 1692.3.º, que se refiere a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, entre las que se encuentra la falta de congruencia con lo pedido, supuesto en que es procedente, de acuerdo con el artículo 1715.3.º de la misma Ley Procesal civil, que la Sala resuelva lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate.

La Comisión de Servicio prevista en el artículo 41.1.c) de la Ley articulada de Funcionarios de 1964, que en fecha reciente y con mayor detalle se regula en los artículos 4.º y 5.º del Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto de 11 de abril de 1986, es una de las situaciones de servicio activo en que el funcionario destinado en un determinado puesto de trabajo, con reserva del mismo, debidamente autorizado, generalmente en forma voluntaria, pasa con carácter temporal a desempeñar otros puestos de trabajo o tareas distintas de las realizadas en el de su destino, situación funcional que no puede imponerse a los recurrentes, como se ha pretendido en las resoluciones

impugnadas, incluyéndoles en el cupo asignado al Ministerio de Cultura y estimando que su situación en el Ente Público es en Comisión de Servicio, pues con anterioridad se habían acogido a la opción prevista en la disposición transitoria 3.ª de la Ley de 10 de enero de 1980, que aprobó el Estatuto de RTVE, para pasar al Ente Público en situación de servicio activo, sin establecer en la misma ninguno de los condicionamientos o limitaciones que son propios de una Comisión de Servicio y de los que pudiera inferirse que ésta era la opción concedida, con la obligada conclusión de que su situación de servicio activo en el Ente tenía que ser necesariamente la prevista en el artículo 41.1.a), lo que vino a confirmar la resolución del Director General del Ente Público de 4 de mayo de 1981, que dispuso, resolviendo la opción ejercitada, el destino de dichos funcionarios en el Ente con el nivel retributivo que tenían y plena equiparación al personal laboral de dicho órgano, situación funcional reconocida en una resolución que no puede dejar sin efecto otra posterior, excepto en los casos y por los procedimientos legalmente establecidos, sin que la Orden Ministerial de 7 de julio de 1985, a cuyo amparo se adoptaron las resoluciones recurridas, suponga cobertura legal que legitime tales decisiones, pues no puede afectar a situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad ni contradecir lo establecido en norma de superior rango legal, en este caso la Ley que aprobó el Estatuto de RTVE.

Lo expuesto determina la procedencia de estimar este recurso extraordinario de revisión, rescindir la sentencia objeto del mismo y, en su lugar, con estimación del recurso promovido por los recurrentes, declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas y reconocer que los recurrentes se encuentran en el Ente Público RTVE en la situación de servicio activo prevista en el artículo 41.1.a) de la Ley articulada de Funcionarios de 1964, en los términos y con todos los derechos que les habían sido reconocidos en la resolución de la Dirección General del expresado Ente Público de 4 de mayo de 1981, con devolución del depósito constituido y sin declaración sobre el pago de costas en el recurso jurisdiccional ni en este extraordinario de revisión.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 18 junio 1986.*)

V. INCOMPATIBILIDADES

1. *Legalidad del RD 598/85 sobre incompatibilidades, pese a que, según el Consejo de Estado, entendió que no procedía la elevación del Proyecto al Real Decreto hasta que se completase con los informes que prevé el artículo 2.º.2 LCP y con el de la Comisión de Coordinación de la Función Pública, para luego ser nuevamente informado, dado el carácter no vinculante de aquel Dictamen y pese a la omisión de los Dictámenes referidos.*

«El Real Decreto 598/85, de 30 de abril, publicado en desarrollo de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, es impugnado en su totalidad por entender el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos Industriales e Ingenieros Técnicos Industriales que se han omitido en el procedimiento de elaboración de dicha disposición general el informe de las Corporaciones profesionales afectadas, el de la Comisión de Coordinación de la Función Pública y el preceptivo dictamen del Consejo de Estado.

Comenzando el análisis de este motivo, que sirva de fundamento a la pretensión de nulidad de pleno derecho del Real Decreto recurrido, por el más relevante de los trámites supuestamente omitidos, nos referimos al dictamen del Consejo de Estado que ciertamente tiene carácter preceptivo siempre que se trate, como en este caso, de Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes (arts. 10.6 de la Ley de Régimen

Jurídico de la Administración del Estado y 22.3 de la Ley Orgánica del citado Cuerpo Consultivo), lo primero que se advierte al examinar el expediente es que dicho trámite aparece evacuado con fecha 22 de abril de 1985.

Que en el dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado, con el voto particular en contra de un Consejero, se diga que no procede la elevación del Proyecto de Real Decreto al Consejo de Ministros —al haberse entendido que debe completarse con el informe previsto en el artículo 2.º2 de la Ley de Colegios Profesionales— y con el de la Comisión de Coordinación de la Función Pública, para luego ser nuevamente informado, no autoriza a sostener, como pretende la Corporación actora, que no se haya dado cumplimiento a este trámite preceptivo, si se repara en que los dictámenes del Consejo de Estado no tienen carácter vinculante, salvo que la Ley disponga lo contrario (art. 2.3 de su Ley Orgánica). Podría sostenerse que el Consejo de Estado no ha dictaminado sobre la cuestión de fondo, como consecuencia de los términos en que fue emitido su parecer mayoritario, pero no que falta el informe de este Cuerpo Consultivo, que es el requisito legalmente exigido, pues lo contrario equivale a sostener que aquél tiene carácter vinculante, lo que es a todas luces improcedente.

No podemos tampoco compartir la tesis propugnada en la demanda, con apoyo en el tan repetido dictamen, por la que denuncia, como vicios de procedimiento, la falta de informe de las Corporaciones profesionales afectadas y de la Comisión de Coordinación de la Función Pública.

En lo que se refiere al primero de tales informes, porque, sin perjuicio del respeto que siempre merecen a este Tribunal los dictámenes del Consejo de Estado —y a reserva de lo que en su día establezca la Ley que desarrolle el art. 36 de la Constitución—, el artículo 2.º2 de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, modificada por la de 26 de diciembre de 1978, no incide para nada en la legalidad del procedimiento seguido para la aprobación de la disposición que ahora se enjuicia, como acertadamente se razona en el voto particular que se adjunta al dictamen mayoritario.

En efecto, el Real Decreto 598/85 no está reglamentando profesión colegiada alguna, o, lo que es igual, no tiene como objetivo regular las condiciones generales de las funciones profesionales (ámbito de éstas, títulos oficiales, régimen de incompatibilidades con otras profesiones y honorarios), que es el supuesto previsto en el artículo 2.º2 de la Ley de Colegios Profesionales, sino desarrollar el régimen legal de incompatibilidades de los funcionarios públicos, por lo que la omisión del trámite denunciado carece de apoyatura en dicho precepto legal.

Tampoco puede invocarse el artículo 105.a) de la Constitución para insistir en el carácter preceptivo de los informes colegiales, por tratarse de una norma necesitada de un previo desarrollo legislativo. Sólo cuando éste tenga lugar y se regule la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, quedará definido el alcance del mandato constitucional, sin que a esta interpretación pueda oponerse la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981, dado que no guarda relación alguna con el problema que aquí se debate, si se tiene en cuenta que la cita que en su texto se hace del artículo 105 de la Constitución (Fundamento jurídico 5) queda ceñida —aunque no diga de modo expreso— al apartado c) de este artículo, es decir, a la audiencia del interesado en el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, como se infiere de la lectura del pasaje en que se invoca el artículo 105 y de las alegaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal y el representante de la Administración —las de éste a propósito de la constitucionalidad del apartado 5 del artículo 137 del Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 31 de enero de 1947.

Finalmente, y por lo que respecta a la falta de informe de la Comisión de Coordinación de la Función Pública, basta decir que en el dictamen del Consejo de Estado su ausencia no se denuncia como omisión de un trámite preceptivo.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 21 octubre 1986.*)

VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *El principio de proporcionalidad impide la libérrima discrecionalidad de la Administración para elegir la sanción a imponer. Predominio de la valoración ética de las conductas subjetivas sobre los resultados de peligro o lesión del bien jurídico.*

«Aceptándose por la Corporación apelante, expresamente, en el escrito de alegaciones ante esta Sala, la relación de hechos probados y la tipificación de los mismos como constitutivos de una falta muy grave de probidad cometida por el funcionario sancionado, don Jaime H. S., e incardinable en el apartado a) del artículo 6 del antiguo Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado, en perfecta concordancia con la descripción que figura contenida en el apartado b) del artículo 52 del Real Decreto 3046/77, de 6 de octubre, que aprobó el Texto Articulado Parcial de la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 41/75), la única materia objeto de enjuiciamiento se centra en valorar la sanción impuesta por la Sala de Instancia —suspensión de funciones por tiempo de seis años— frente a la separación de servicio, acordada en el acto impugnado.

Es doctrina de esta Sala, recogida entre otras en la sentencia de 28 de septiembre de 1984, que los Tribunales de la Jurisdicción Contenciosa pueden y deben valorar, si en el caso concreto que se enjuicia ha sido aplicada correctamente la facultad de la Administración de optar entre las distintas sanciones que la Ley señala para las faltas graves —suspensión de funciones, destitución del cargo y separación definitiva del servicio (art. 54.4 del Real Decreto antes citado)—, atendiendo al principio de proporcionalidad entre falta y sanción que debe de presidir toda corrección disciplinaria y cuando la Sala de Instancia entiende, y esta Sala comparte, que es necesario tener en cuenta el carácter irreversible de la separación, la no justificación de perturbación en la marcha administrativa, el carácter primario del inculpado y la ausencia de cualquier otro aspecto agravatorio, para establecer una graduación proporcional de la sanción, la decisión apelada ha de ser mantenida, pues el recurso interpuesto no acredita a juicio de esta Sala que no ha aplicado debidamente el principio de la proporcionalidad.

No habiéndose probado, en el expediente administrativo disciplinario, la grave perturbación del servicio por la conducta reprobable desplegada por el funcionario sancionado, y teniendo en cuenta el puesto no muy relevante desempeñado por el inculpado —Perito Industrial del Departamento de Industrias y Actividades de la Delegación de Obras y Servicios Urbanos del Ayuntamiento de Madrid— y las funciones por él realizadas, no es atribuible a su conducta un resultado dañoso para el servicio de entidad tal que aconseje la sanción máxima de las previstas, pues si bien el objeto primordial del derecho disciplinario, más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativa y la garantía de la normal actuación de los funcionarios en la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les está encomendado y que su actividad como tal se desarrolle en el marco que les fija la Ley y, por ello, en el derecho sancionador disciplinario predomina la valoración ética de la conducta subjetiva sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico —sentencia de 8 de octubre de 1984 de esta Sala—, no es menos cierto que se pueda pretender que cualquier infracción lleve consigo la separación del servicio, pues la aplicación automática de la norma supondría romper la ecuación que ha de existir entre la gravedad del hecho y la medida disciplinaria aplicada y la vulneración del principio de proporcionalidad entre sanción e infracción, y sin que, como se aduce en el escrito de alegaciones ante esta Sala, la discrecionalidad que otorga el artículo 20 del extinto Reglamento de Régimen Disciplinario suponga una libérrima discrecionalidad de la Administración

para la elección de la sanción a imponer dentro de las posibilidades que el marco normativo le otorga, pues esa discrecionalidad ha de estar presidida, operando como corrector de la misma, por la necesaria aplicación del principio a que se viene haciendo mención, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada, que ha de declararse ajustada en atención a cuanto se viene indicando.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 27 octubre 1986.*)

2. *Nulidad de actuaciones por acordarse, sin previo expediente, la separación de funcionarios del Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia por delito doloso cometido antes del ingreso en el Cuerpo. Principios aplicables.*

«La resolución administrativa que se combate, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 105 y 108 del Reglamento Orgánico, aprobado por Decreto 1362/69, de 6 de junio, acuerda la separación del servicio, con baja en el Escalafón, del recurrente; mas ello es hacer discurrir la cuestión por el cauce disciplinario cuando ningún hecho ha acontecido en el seno de la relación jurídica funcional, dado que es por sentencia de 4 de septiembre de 1970 cuando se le condena por delito de malversación, y es en 25 de noviembre de 1971 cuando, según los hechos aprobados de la sentencia por la que se condena al interesado por delito de falsedad en documento oficial, solicita tomar parte en las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia, lo que pone en evidencia que el referido acuerdo por el que se le separa del servicio ha sido tomada en un procedimiento indebido —el disciplinario— que no depura las circunstancias del caso, ni valora, siquiera sea inicialmente, el alcance de las condenas en el nombramiento que la recurrente consigue; el procedimiento a seguir no es de naturaleza disciplinaria y ha de discurrir por el cauce que previene el artículo 226 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, aplicable al caso, con audiencia del interesado.

La Administración no puede elegir a su comodidad el tratamiento jurídico que merecen las condenas que por delitos dolosos recaen sobre un funcionario antes de su ingreso en el servicio de la misma, pues está claramente deslindado el campo de lo disciplinario que es exclusivo para depurar las faltas cometidas en el ejercicio del cargo, de lo que buen ejemplo es el artículo 416 de la Ley 6/85 y sus concordantes, pero sin posibilidad de extenderse a más; no hay razón, pues, para no instruir expediente cuando se ha de calificar la existencia o no de una causa de incapacidad a manera de nulidad de la adquisición de la condición de funcionario; por tanto, no es correcta la conducta de la Administración que discurre exclusivamente por lo disciplinario, como si los hechos decisivos hubieran ocurrido sólo con ocasión del ejercicio del cargo, o en su propio desempeño, y no afectasen a la capacidad para ingresar en la Administración; cuestión o distinción que no es baladí por cuanto si se la saca del específico ámbito de lo disciplinario y se la hace discurrir, como debe hacerse, por el cauce del procedimiento ordinario, con instrucción de un expediente como ordena la normativa aplicable al caso, hasta pudiera con ello determinarse que es autoridad diferente la que debe acabar el procedimiento, cuestión que se plantea en el recurso, pero en la que no entramos, pues acogemos, en primer lugar, el motivo de nulidad, que se basa en la vulneración del principio de audiencia del interesado, que es trámite esencial en el caso para una cabal defensa de todos sus derechos; esto es, que como no cabe acordar de plano sino una previa audiencia por el cauce de un expediente ordinario, no de carácter disciplinario, se impone estimar la apelación interpuesta y, en su consecuencia, acordar la nulidad de las resoluciones por la que se separó del servicio al recurrente y se le dio de baja en el Escalafón de Oficiales de la Administración de Justicia, con nulidad de todo lo actuado para que la Administración ins-

truya expediente otorgando la preceptiva audiencia al interesado y lo acabe conforme a Derecho.

La nulidad de todo lo actuado —en realidad, las dos resoluciones combatidas— se impone por la vulneración de normas procedimentales de carácter esencial, notoriamente la ausencia de audiencia al interesado en un procedimiento correcto que, desde luego, repetimos, no es el disciplinario por las características y circunstancias que concurren en el caso, lo que impide hagamos pronunciamiento especial en materia o particular que corresponda al fondo, ni indicación a la Administración a la que sólo sometemos al deber de incoar procedimiento ordinario que depure las consecuencias que se derivan de una supuesta causa de incompatibilidad y determine el alcance de la misma, todo ello observando el trámite de audiencia con el interesado de manera que no se le cause indefensión, y que hasta ahora se le ha sustraído con la sola cobertura de un precepto reglamentario que le ha sido aplicado indebidamente; así es que desestimamos la pretensión de reintegro del recurrente y la de que le corresponda o no una indemnización, que en esta Sala plantea por primera vez, pues no estamos en condiciones, como hemos dicho, de juzgar acerca del fondo de la cuestión y de las consecuencias que del mismo se derive, limitándose exclusivamente a la parcela de vulneraciones de carácter formal a cuya apreciación, por la pura nulidad de trámites, no cabe anudar responsabilidades sin más, todo ello sin que hallemos motivos de los que dan lugar a una condena en costas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 14 octubre 1986.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

