

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. SELECCIÓN: 1. Necesidad de publicación de convocatoria de concurso de acceso a la función pública. Nulidad de prueba selectiva eliminatoria que implica forzosamente el conocimiento del idioma catalán. 2. La excepcionalidad de la contratación administrativa en materia de funcionarios tiene el carácter de principio básico. Para la designación de quienes provisionalmente hayan de cubrir vacantes que definitivamente hayan de ser cubiertas por funcionarios de carrera debe de accederse a la interinidad. 3. Infracción del principio de igualdad en el acceso a cargos públicos, al establecer en las bases de la convocatoria una prueba, de carácter eliminatorio, consistente en tomar mecanográficamente un texto en catalán. 4. Infracción artículos 14 y 23 CE al exigirse en las bases la demostración de la suficiencia del conocimiento del catalán con una alta valoración. La garantía del derecho a usar las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas no puede suponer para determinados españoles un condicionamiento en el ejercicio de uno de sus derechos fundamentales, yendo más allá de lo exigido en el artículo 3.1 CE. 5. Tribunales. Recusación por amistad íntima. Explotación conjunta de un consultorio médico. Nulidad de actuaciones. 6. Infracción del principio de igualdad al exigir a efectos de idoneidad que la docencia se haya desempeñado en una Universidad pública, pese a no requerirlo la legislación aplicable. 7. La exclusión de un opositor debe serle notificada en debida forma, pues en caso contrario se produciría indefensión, en contra del artículo 24 CE. 8. Inexistencia de infracción del principio de igualdad en el acceso a cargos públicos al fomentar, de forma proporcionada y no excluyente, el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma.—II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. Prioridad de funcionarios de carrera sobre los contratados a efectos de la provisión de puestos de trabajo.—III. DERECHOS: 1. Legalidad del RD 2924/81, en cuanto afecta a los Ingenieros Técnicos Industriales. 2. Profesorado EGB. Evolución. Retribuciones. 3. No tiene la condición de funcionario local, ni ostenta, por tanto, derecho a pensión por jubilación, quien prestó a la Corporación servicios de índole contractual en situación de concertado. 4. Funcionarios Administración Local. Trienios. Cómputos. Necesidad de un análisis cauteloso y moderado de los requisitos de identidad a efectos de recurso de revisión. 5. Para que un derecho adquirido pueda considerarse existente dentro de una relación intertemporal o de sucesión de normas, tiene que haberse producido la consolidación de una situación jurídica bajo el imperio del ordenamiento anterior. Frente a la potestad organizatoria de la Administración no pueden esgrimirse con éxito más que los derechos que por consolidación hayan desembocado en la condición de adquiridos, que son los de orden económico y los del contenido de la función a desarrollar. La reducción de la edad de jubilación ni infringe derechos adquiridos ni es una medida expropiatoria. Valor de cosa juzgada de la STC de 29 de julio de 1986. 6. Reserva de ley para variar el coeficiente retributivo. 7. El respeto de los derechos adquiridos de carácter económico tiene un contenido limitado a la conservación global de las retribuciones consolidadas percibidas hasta el momento de que se trate. Lo contrario supondría la petrificación de la relación funcional en un momento dado «potestas variandi». 8. Reconocimiento a los funcionarios de los servicios prestados antes de su integración en el Cuerpo. Suspensión temporal de los efectos de la Ley 12/79.—IV. SITUACIONES: 1. Ilegalidad por infringir el principio de igualdad ante

la ley de la Disposición Transitoria 4.ª, 3, RD 11 abril 1986, de situaciones administrativas, en cuanto exceptúa a los funcionarios docentes supernumerarios que prestaban servicios en las Universidades de Comillas y Navarra del régimen de transitoriedad que establece.—V. INCOMPATIBILIDADES: 1. Las incompatibilidades de los miembros de los Colegios Profesionales implican, sin duda, restricciones del derecho al trabajo que contrarian el principio de libertad, formulado en los artículos 35 y 36 en relación con el 56.1 de la Constitución, los que, en consecuencia, establecen la necesidad de que estas limitaciones se dispogan por Ley de modo que los Colegios no son definidores del régimen de incompatibilidades, sino que meramente han de aplicar el sistema prescrito en el Ordenamiento». 2. A la vista de los artículos 9 y 14 de la Ley 53/84 y del apartado 1.º de la Orden de 9 de mayo de 1985, debe entenderse que el Secretario de Estado ejerce funciones delegadas del Ministro. 3. Incompatibilidades. Letrado del Estado. Derecho de igualdad. Derecho al ejercicio de la abogacía siempre que en el ejercicio privado no se intervenga en asuntos en que el Estado sea parte y con salvaguarda del horario exigido en el puesto funcional que desempeña con dedicación normal, no exclusiva ni plena. 4. Incompatibilidades. Arquitectos funcionarios. Límites de la reserva de ley. Legalidad del RD 598/85. La potestad que atribuye a la Administración el artículo 12 es estrictamente reglada.—VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Legalidad de la privación de percepción de haberes a Secretario de Administración Local suspenso de empleo y sueldo que quebrantó el deber de residencia, encontrándose en ignorado paradero. 2. Abandono de servicio. Las graves irregularidades cometidas en el expediente impiden considerar probados los hechos tipificados de las demás faltas. Pliego de Cargos que se limita a una calificación jurídica de hechos que no se concretan. 3. Naturaleza jurídico-administrativa de la relación que une a los funcionarios rurales de Correos con la Administración. Consecuencia a efectos disciplinarios. 4. Facultad de los Tribunales para modificar, en base al principio de proporcionalidad administrativa, las sanciones disciplinarias adecuándolas al equilibrado grado de proporcionalidad que debe existir entre aquéllas y la conducta que las determina. 5. Retroactividad de normas favorables en materia sancionadora. Carácter cuasi-penal del régimen disciplinario, por lo que rigen los mismos principios de tipicidad, imputabilidad y culpabilidad informadores de éste. Falta de probidad.

## I. SELECCIÓN

1. Necesidad de publicación de convocatoria de concurso de acceso a la función pública. Nulidad de prueba selectiva eliminatória que implica forzosamente el conocimiento del idioma catalán.

«Para resolver la cuestión debatida, debe determinarse previamente la normativa aplicable a los concursos y oposiciones efectuados por la Generalitat de Catalunya para la provisión de sus plazas de funcionarios, y del artículo 149.1.18 de la Constitución y del artículo 10 del Estatuto de Autonomía para Catalunya aparece que si bien el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases de régimen estatutario de los funcionarios públicos, debiendo garantizar estas bases un tratamiento común en el marco de esta legislación básica y en los términos que la misma establezca, es a la Generalidad a quien, en virtud del artículo 149.3 de la Constitución y 10 del Estatuto de Autonomía, corresponde el desarrollo legislativo y el régimen estatutario de sus propios funcionarios; pero es, según el citado artículo 149.3 de la Constitución, prevalente la legislación estatal en caso de conflicto. Y, además, supletorio el Derecho estatal respecto del de las Comunidades Autónomas en todas las materias previstas en el referido artículo 149.

El desarrollo legislativo tuvo lugar por la Ley de la Generalitat de Cata-

lunya de 4 de junio de 1981, hoy derogada por la de 23 de julio de 1985, inaplicable por razón de temporalidad, 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 las convocatorias de concurso deben hacer constar la Tabla de méritos a tener en consideración; por lo cual, *en virtud de las referidas prevalencias y supletoriedad de la legislación básica estatal, como quiera que en éste, en el artículo 29 de la LFCE se establecen los requisitos básicos de publicidad en la convocatoria de pruebas para el acceso a la función pública, que los artículos 1 y 3 del Decreto 1411 de 1968 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, es por lo que al infringirse tal requisito de publicidad de las bases de la convocatoria realizada por la Orden recurrida, 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.*

A mayor abundamiento, *al exigirse en las bases no publicadas la demostración de la comprensión de la lengua catalana con carácter eliminatorio se produce una evidente inconstitucionalidad, al infringirse los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sus sentencias de 27 de abril y 6 de mayo de 1983, y 16 de mayo y 28 de noviembre de 1984, acorde con lo expresado en el fundamento jurídico número 42 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1982, según el cual la Constitución garantiza el derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2) y según criterios de mérito y capacidad (art. 103.3), por lo que la garantía del derecho a usar las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas no puede suponer para determinados españoles una condición en el ejercicio de uno de sus derechos fundamentales que, yendo más allá de lo exigido en el artículo 3.1 de la Constitución, vacíe de contenido a ese derecho, y conforme con la doctrina contenida en la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1984.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Aceptando íntegramente los considerandos de la sentencia apelada.

En esta apelación por la representación de la Generalidad de Cataluña no se han aportado nuevos elementos de juicio de los que pueda inferirse una apreciación distinta del tema controvertido ante el Tribunal *a quo*, como fue acertadamente resuelto por la sentencia apelada en lo que concierne a la *aplicabilidad de la normativa del Estado reguladora con carácter exclusivo del estatuto básico de la función pública, según el artículo 149.1.18 de la Constitución, y la necesaria interpretación de la legislación de las Comunidades Autónomas a la del Estado en esta materia*, como se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8-2-82; criterio sustentado por este Tribunal en las sentencias, entre otras, de 23-1-86, 24-2-86, 18-4-86, 26-5-86, 31-5-86, 7-6-86 y 23-6-86; *habiéndose vulnerado por el Acuerdo del Departamento de Comercio y Turismo de la Generalidad de Cataluña de 27-4-83, convocando para la provisión de tres plazas de Auxiliares Administrativos de ese Departamento un Concurso en régimen de contrato administrativo, la Ley de 7-2-64, reguladora del estatuto básico de los Funcionarios Civiles del Estado, aplicable a las demás Administraciones públicas, para cubrir unas plazas de plantilla por contrato administrativo en detrimento de los derechos de los funcionarios en propiedad, sin respetar tampoco la normativa relativa al nombramiento de funcionarios interinos invocada por la apelante, conforme se determinó acertadamente por la sentencia apelada.*

La exigible publicidad de las bases de un Concurso para el acceso a la función pública en base a las normas aplicables de la legislación del Estado, correctamente invocadas en la sentencia apelada, tienen su normativa correspondiente en la propia legislación del Parlamento catalán, artículo 4.º de la Ley de 4-6-81, por el que se determina que la contratación en régimen de Derecho Administrativo se llevará a cabo por "Concurso público de méritos", *debiendo constar en la convocatoria "la tabla de méritos que se considerará", de lo que se infiere que la falta de publicación de las bases del Concurso objeto de este proceso vulnera no solamente la legislación del Estado y el principio de igualdad proclamado por el artículo 9.2 de la Constitución, sino la propia normativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña contenida en dicho precepto y en el artículo 7.º, números 2.º y 1.º, del Decreto de 25-6-81 de la Generalidad, que establecen "que las convocatorias incluirán las bases correspondientes" y que la convocatoria se publicará en el "Diario Oficial de la Generalidad"; por lo cual la exposición al público en el lugar indicado por la Orden de convocatoria no cumple con el mandato de la legislación del Estado ni de la meritada Comunidad Autónoma, por lo que en el supuesto de estar ajustada a Derecho la Orden de convocatoria, ésta, en tanto no fuera publicada debidamente, carecería de efectos y su resolución sería contraria a Derecho por una evidente infracción del derecho de los administrados que, reuniendo las condiciones para participar en el Concurso, no hubieran tenido conocimiento de las bases establecidas.*

Respecto a la nulidad de la base sexta del Concurso, que prevé una prueba selectiva eliminatoria que implica forzosamente el conocimiento del idioma catalán, procede reiterar los acertados fundamentos de la sentencia apelada, siendo contraria al principio de igualdad de los administrados, artículos 9.º y 14: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"; *derecho que se conculca con la exigencia del conocimiento del idioma catalán, partiendo de dos imperativos: solamente es forzoso el conocimiento del idioma castellano para todos los españoles, artículo 3.1 de la Constitución, y el ser el castellano también idioma oficial de Cataluña, artículo 3.2 del Estatuto de Cataluña, Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979, norma acorde con la realidad sociológica de esa Comunidad.*

Por lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación interpuesto, sin que se aprecie temeridad o mala fe al objeto de la imposición de costas, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 2 octubre 1986.*)

2. *La excepcionalidad de la contratación administrativa en materia de funcionarios tiene el carácter de principio básico. Para la designación de quienes provisionalmente hayan de cubrir vacantes que definitivamente hayan de ser cubiertas por funcionarios de carrera debe de acce-derse a la interinidad.*

«Impugnada en estos autos la convocatoria del denominado concurso de méritos para la provisión de una plaza de Colaborador Técnico en el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña, en régimen de contratación administrativa transitoria, son dos fundamentalmente los problemas que se plantean: A) La extensión con que debe entenderse la exigencia de la publicidad de la convocatoria, y B) Los supuestos en que resulta viable la provisión de puestos en la función pública por la vía de la contratación administrativa.

El primero de los mencionados problemas —extensión o intensidad de la publicidad— obliga a examinar si es necesaria la inclusión de las "bases" de la convocatoria en el texto publicado en el "Diario Oficial" o si, por el con-

trario, basta con que éste contenga la simple indicación del lugar en que estén "expuestas las bases reguladoras de la convocatoria", como expresamente señala el artículo 1.º de la Orden de 31 de enero de 1983 del Departamento de Gobernación de la Generalidad.

Planteando ante todo la cuestión en el terreno del Derecho específicamente catalán, el punto de partida ha de ser la Ley 4/1981, de 4 de junio, cuyo artículo 4.º señala que la contratación de personal en régimen de Derecho Administrativo se llevará a cabo por "concurso público de méritos", debiendo constar en la convocatoria "la tabla de méritos que se considerará".

Para interpretar este precepto —art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil— habrá que atender fundamentalmente a su espíritu y finalidad: es claro que la publicidad tiene por objeto hacer llegar a la generalidad de los posibles interesados el conocimiento de la existencia y características de la convocatoria para que aquéllos puedan decidir lo oportuno respecto de su concurrencia. Teniendo en cuenta que dichos interesados pueden no residir en la localidad donde radica el organismo en cuyo tablón de anuncios se exponen las bases —para su conocimiento podrían verse obligados a hacer un viaje—, hay que concluir que la finalidad del precepto se logra mejor insertando las propias bases en el texto a publicar en el "Diario Oficial".

La conclusión expuesta se corrobora atendiendo a la realidad social del intenso paro hoy existente, que amplía el número de los posibles interesados. Y se confirma, aún más intensamente, si se piensa que la publicidad a través del "Diario Oficial" es un factor de igualación —art. 9.2 de la Constitución—: la difusión del periódico oficial, con inclusión de las bases, hace innecesario el viaje —o las gestiones especiales— de los no residentes en la localidad en que se halla el tablón de anuncios, contribuyendo, por tanto, a eliminar diferencias por razón de la residencia.

Importa añadir que la citada Ley catalana fue desarrollada por el Decreto 166/1981, de 25 de junio, cuyo artículo 7.2 establece que "las convocatorias incluirán las bases correspondientes", y habiendo dicho antes —art. 7.1— que es la convocatoria la que se publica en el "Diario Oficial", de ello se sigue que tal publicación comprende en su contenido a las mismas bases.

El propio Decreto advierte que cuando se prevea la celebración de pruebas selectivas —art. 7.2.f)— "se publicará, juntamente con la convocatoria, la descripción de las aludidas pruebas y, en caso de que se tengan que realizar en base a un temario, se publicará éste como anexo". Este es precisamente el supuesto litigioso, en el que existen pruebas selectivas a llevar a cabo y temario concreto.

Es claro que el régimen jurídico de publicidad establecido en la Ley 4/81 y Decreto 166/81 no podía quedar restringido por virtud de la Orden de 31 de marzo de 1983 —principio de la jerarquía normativa del art. 9.3 de la Constitución—, lo que por sí solo resuelve el problema planteado sin necesidad de salir del terreno del Derecho catalán ni, por tanto, de acudir a los criterios básicos del Derecho estatal —art. 119.1.18 de la Constitución.

Con ello basta para desestimar el recurso de apelación. No obstante, será de añadir que el segundo de los temas anunciados —supuestos de viabilidad de la contratación en la función pública— ha sido reiteradamente resuelto por esta Sala —desde la sentencia de 17 de febrero de 1986—, partiendo de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de febrero de 1982, en la que llamando la atención sobre "el carácter básico que sin duda tiene el principio de excepcionalidad de la contratación administrativa" en esta materia, se advierte de la necesidad de "acudir no a la contratación sino a la interinidad para la designación de quienes provisionalmente hayan de ocupar vacantes que definitivamente sólo puedan ser cubiertas por funcionarios de carrera", de acuerdo con la legalidad estatal, que en este punto "no es, en cuanto básica, legislación de aplicación supletoria".» (Sentencia de la Sala 4.ª, 20 octubre 1986.)

3. *Infracción del principio de igualdad en el acceso a cargos públicos, al establecerse en las bases de la convocatoria una prueba, de carácter eliminatorio, consistente en tomar mecanográficamente un texto en catalán.*

«Para resolver la cuestión debatida debe determinarse, previamente, la normativa aplicable a los concursos y oposiciones efectuados por la Generalitat de Catalunya para la provisión de sus propias plazas de funcionarios, y del artículo 149.1.18 de la Constitución y del artículo 10 del Estatuto de Autonomía para Catalunya aparece que si bien el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases de régimen estatutario de los funcionarios públicos, debiendo garantizar estas bases un tratamiento común en el marco de esta legislación básica y en los términos que la misma establezca, es a la Generalitat a quien, en virtud del artículo 149.3 de la Constitución y 10 del Estatuto de Autonomía, corresponde el desarrollo legislativo y el régimen estatutario de sus propios funcionarios; pero es, según el citado artículo 149.3 de la Constitución, prevalente la legislación estatal en caso de conflicto. Y, además, supletorio el Derecho estatal respecto del de las Comunidades Autónomas en todas las materias previstas en el referido artículo 149.

El desarrollo legislativo tuvo lugar por 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 las convocatorias de concursos deben hacer constar la Tabla de méritos a tener en consideración, por lo cual, en virtud de las referidas prevalencia y supletoriedad de la legislación básica estatal, como quiera que éste, en el artículo 29 de la LFCE se establecen los requisitos básicos de publicidad en la convocatoria de pruebas para el acceso a la función pública, que los artículos 1 y 3 del Decreto 1411 de 1968 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, es por lo que, al infringirse tal requisito de publicidad de las bases de la convocatoria realizada por la Orden recurrida, 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.

A mayor abundamiento, al establecerse en las bases no publicadas una prueba consistente en tomar mecanográficamente un texto en catalán, prueba que tiene carácter eliminatorio, y exigirse la demostración de la suficiencia del conocimiento de la misma lengua, con una alta valoración, se produce una evidente inconstitucionalidad, al infringirse los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sus sentencias de 27 de abril y 6 de mayo de 1983, y 16 de mayo y 28 de noviembre de 1984, acorde con lo expresado en el fundamento jurídico número 42 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983, según el cual la Constitución garantiza el derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2) y según criterios de mérito y capacidad (art. 103.3), por lo que la garantía del derecho a usar las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas no puede suponer para determinados españoles un condicionamiento en el ejercicio de uno de sus derechos fundamentales que, yendo más allá de lo exigido en el artículo 3.1 de la Constitución, vacía de contenido a ese derecho.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los considerandos de la sentencia apelada.

La circunstancia alegada por la Generalidad de Cataluña apelante de que en el presente caso no se trata de la provisión de un puesto de Jefatura, sino de una plaza de Auxiliar, y la que también se aduce de que la misma Sala de instancia ha mantenido un criterio contrario al de la sentencia impugnada en otra, posterior, referida a la provisión de plazas de subalternos, no constituyen razones que puedan justificar el fallo revocatorio que en esta segunda instancia se postula, porque, en definitiva, todos esos supuestos, desde el punto de vista de la normativa aplicable, son esencialmente idénticos, y, en consecuencia, hay que llegar a la misma conclusión deducida por esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 23 de enero, 14 y 28 de febrero, 27 de mayo y 16 de junio de 1986, en atención a que cuando *la legislación básica del Estado regula el régimen de contratación de personas para la función pública, no distingue si se ha de proveer el citado puesto o la simple función de Auxiliar*.

Esto sentado, es de advertir, ante todo, que aquí no se discute la constitucionalidad de la Ley de 4 de junio de 1981, ni discutirse podía después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de febrero de 1982, que vino a declararla, aunque no puede prescindirse de que, como ésta explica, la competencia que tienen los Entes autonómicos para legislar y ejecutar debe ejercerse "en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca", lo que también ha de ser exigido respecto de cualquiera otra disposición de menor grado elaborada por los órganos de autonomía, por lo que el problema actual se concreta a resolver si la convocatoria efectuada para cubrir la plaza de Auxiliar en la Secretaría de la Comisión Interministerial de Investigación e Innovación Tecnológica respetaba o no esa legislación estatal, es decir, si la normativa autonómica que servía de cobertura a aquélla resultaba consecuente con la citada legislación básica del Estado.

Es, precisamente, en este punto donde se detecta la disconformidad de la Orden impugnada, no sólo a la vista de la referida legislación, sino también en relación con la propia ley autonómica, puesto que la Ley de 4 de junio de 1981 se autocondicionaba por un absoluto respeto a la legislación básica repetida, en explícito y reconocido acatamiento a las disposiciones del Estatuto y de la Constitución, que citaba; pero al aplicar tal texto legal con normas de desarrollo, como el Decreto de 25 del mismo mes y año, se prescindió de dichas bases legales, en particular, y entre otras, de las contenidas en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que concreta —como también la Disposición Adicional segunda del Decreto-ley de 30 de marzo de 1977— el concepto y consiguiente *status* del personal contratado, modalidad ésta configurada en el sentido de que la contratación es posible no en atención al puesto que se ha de desempeñar, sino en consideración exclusiva a las causas y misión que justifican su recluta, por hallarse ésta excepcionalmente prevista 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 especialmente trascendente en este caso, en el que no se ha acreditado el supuesto de hecho que justifica la expresada contratación—, "cuando por exigencias o circunstancias especiales de la función no puedan atender por los funcionarios de carrera de que disponga el Organismo", siendo de tener muy en cuenta que, como declara la propia sentencia del Tribunal Constitucional citada, *"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 puesto en la Función Pública".*

En contra de este carácter de excepcionalidad se produce el artículo 1 del Decreto de 25 de junio de 1981, a cuyo amparo se hizo la convocatoria cuestionada, al disponer 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 así en general lo considerado rigurosamente excepcional por la legislación básica del Estado y por la sentencia del Tribunal Constitucional referida, cuya aplicación preferente la convierte, a la vez, en meramente supletoria, lo que evidencia la disconformidad jurídica declarada por la sentencia recurrida, con base en los preceptos legales que en la misma se citan, que aquí damos por reproducidos como justificación, junto a lo que dejamos razonado, de la procedencia de que aquélla se confirme.

En otro orden de cosas, no obsta a esta conclusión confirmatoria la alegación de la apelante sobre la constitucionalidad que, al convocarse el concurso, se primara de algún modo a los concursantes que demostraren conocer la lengua catalana, porque a pesar del esfuerzo dialéctico de dicha parte para tratar de convencer de que la misma, como la castellana, eran oficiales, y lo que se perseguía era, precisamente, equiparar a los que únicamente conocieran la primera respecto de los conocedores de la segunda, tal argumento no es jurídicamente viable por más que la oficialidad de una y otra no se discuta, porque el acogimiento de dicha pretensión supondría en la práctica de un modo evidente la exclusión o la situación más desventajosa de aquellos aspirantes que no dominaran el catalán, lo que, como con acierto se razona por la sentencia apelada, supone una *manifiesta inconstitucionalidad por infringir los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, que consagran el principio de igualdad de todos los españoles para el acceso a la Función Pública, el que no puede claudicar frente a lo que, aun estando autorizado por el mismo texto constitucional, sólo hace referencia a la declaración de oficialidad o a la protección de las diferentes modalidades lingüísticas del régimen de autonomías, o a las medidas que en pro de ellas o de su difusión puedan adoptarse por los Entes autonómicos, porque éstas no pueden —en contra de lo que se alega— conculcar ni restringir en modo alguno los dichos principios de igualdad de todos los españoles.*» (Sentencia de la Sala 4.ª, 28 octubre 1986.)

4. *Infracción artículos 14 y 23 CE al exigirse en las bases la demostración de la suficiencia del conocimiento del catalán con una alta valoración. La garantía del derecho a usar las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas no puede suponer para determinados españoles un condicionamiento en el ejercicio de uno de sus derechos fundamentales, yendo más allá de lo exigido en el artículo 3.1 CE.*

«Para resolver la cuestión debatida debe determinarse previamente la normativa aplicable a los concursos y oposiciones efectuados por la Generalidad de Cataluña para la provisión de sus propias plazas de funcionarios, y del artículo 149.1.18 de la Constitución y del artículo 10 del Estatuto de Autonomía para Cataluña aparece que si bien el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases de régimen estatutario de los funcionarios públicos, debiendo garantizar estas bases un tratamiento común en el marco de esta legislación básica y en los términos que la misma establezca, es a la Generalidad a quien, en virtud del artículo 149.3 de la Constitución y 10 del Estatuto de



*Autonomía, corresponde el desarrollo legislativo y el régimen estatutario de sus propios funcionarios; pero es, según el citado artículo 149.3 de la Constitución, prevalente la legislación estatal en caso de conflicto. Y, además, supletorio del Derecho estatal respecto del de las Comunidades Autónomas en todas las materias previstas en el referido artículo 149.*

El desarrollo legislativo tuvo lugar por la Ley de la Generalidad de Cataluña 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 las convocatorias de concursos deben hacer constar la Tabla de méritos a tener en consideración; por lo cual, *en virtud de las referidas prevalencias y supletoriedad de la legislación básica estatal, como quiera que en éste, en el artículo 29 de la LFCE se establecen los requisitos básicos de publicidad en la convocatoria de pruebas para el acceso a la función pública, que los artículos 1 y 3 del Decreto 1411 de 1968 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, es por lo que, al infringirse tal requisito de publicidad de las bases de la convocatoria realizada por la Orden recurrida, 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.*

A mayor abundamiento, *al exigirse en las bases no publicadas la demostración de la suficiencia del conocimiento de la misma lengua, con una alta valoración, se produce una evidente inconstitucionalidad, al infringirse los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sus sentencias de 27 de abril y 6 de mayo de 1983, y 16 de mayo y 28 de noviembre de 1984, acorde con lo expresado en el fundamento jurídico número 42 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983, según el cual la Constitución garantiza el derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2) y según criterios de mérito y capacidad (art. 103.3), por lo que la garantía del derecho a usar las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas no puede suponer para determinados españoles un condicionamiento en el ejercicio de uno de sus derechos fundamentales que, yendo más allá de lo exigido en el artículo 3.1 de la Constitución, vacía de contenido a ese derecho, y con la doctrina contenida en la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1984.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Las alegaciones de la apelante en relación con la procedencia de que se convoque por la Generalidad de Cataluña, Consejería de Trabajo, un Concurso de méritos para proveer en régimen de contrato administrativo-transitorio plazas de auxiliares administrativos de ese organismo en base a lo dispuesto en la Ley del Parlamento catalán de 4 de junio de 1981 y el Decreto de 25 de junio de 1981, carecen de fundamento según reiterada doctrina de este Tribunal dictada en procesos similares al presente resueltos en primera instancia por la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, sentencias de 23 de enero de 1986, 24 y 28 de febrero y 24 de abril de 1986, entre otras, ya que sea cual fuere la naturaleza de las funciones atribuidas a las plazas sacadas a concurso, si no inciden las circunstancias determinadas en el artículo 6, párrafos 1 y 2, apartados a) y b), de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, referidas a que se podrá autorizar la contratación de personal para la realización de estudios, proyectos, dictámenes y otras prestaciones cuando por su objeto tengan el carácter de extraordinarias o urgentes, o fuere necesaria la contratación dado el vo-

lumen de trabajo de la dependencia administrativa mediante un contrato de colaboración temporal, al no ser posible atender adecuadamente por los funcionarios de carrera el trabajo que exige la gestión del órgano de la Administración contratante, *no es admisible la contratación de personal para el desempeño de una función pública sin que se pueda a través del procedimiento de arbitrar un concurso de méritos prescindir de los derechos de los funcionarios en propiedad para cubrir unas plazas de auxiliar administrativo, como es el caso planteado en este recurso, contratando personal que no tiene la consideración de funcionario de esa clase para desempeñar unas plazas de nueva creación o vacantes, que en el supuesto de no contar con funcionarios idóneos por su nivel técnico y categoría podían ser cubiertas con personal interino, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado: "son funcionarios interinos los que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto que no se provean por funcionarios de carrera", empleados interinos que no pueden equipararse a los contratados, como pretende la apelante, por faltar el supuesto fundamental de no haberse acreditado la existencia de unas vacantes de auxiliares administrativos y la imposibilidad de ser cubiertas por funcionarios en propiedad, y el haber acudido a la normativa relativa a la contratación aprobada por la Generalidad de Cataluña, y no por lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, de aplicación preferente en cuanto contempla los presupuestos básicos de la función pública, que, según lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución, es materia de la competencia exclusiva del Estado, cuya legislación informa todo el proceso relativo a la designación y los derechos y deberes de los funcionarios públicos, y los de la Administración respecto a la ordenación de las Administraciones públicas y de sus funcionarios, de conformidad con ese precepto constitucional; doctrina acorde con la expresada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de febrero de 1982, de la que se infiere la necesaria interpretación de las normas de los órganos legislativos y de gobierno de las Comunidades Autónomas, conforme al meritado precepto constitucional.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 29 octubre 1986.)*

##### 5. *Tribunales. Recusación por amistad íntima. Explotación conjunta de un consultorio médico. Nulidad de actuaciones.*

«Se impugna mediante este recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador señor A. del V. G., en nombre y representación de don Carlos Miguel M. A. R., la denegación por silencio administrativo del recurso de alzada formulado contra la resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud de 11 de mayo de 1981 que, resolviendo el concurso convocado para cubrir la plaza de Jefe de Sección de Cirugía Pediátrica de la Residencia Sanitaria "Virgen del Lluç", designó para cubrir dicha vacante a don Juan Ignacio G. R.

Planteada por el codemandado la inadmisibilidad del recurso por impugnarse actos firmes y consentidos, es preciso afirmar que *la posibilidad que otorga el Tribunal Supremo para impugnar autonómicamente las diferentes fases de un concurso no constituye una obligación para los concursantes, sino, como se ha dicho, una posibilidad. Es evidente que los concursantes no conocen hasta el final del concurso las razones y motivos por los que un Tribunal valora cada fase y, en lógica correspondencia, ningún concursante está obligado a impugnar un acto cuyas razones, motivaciones y acierto desconoce en el momento en que el acto se produce.*

Pasando a analizar la infracción procedimental que, en opinión del actor, supone el que haya formado parte del Tribunal don Crisanto B., quien tiene amistad íntima con don Juan Ignacio G. R., y también relación económica profesional al tener un consultorio médico que explotan conjuntamente, es

preciso afirmar: a) Que si bien es cierto que la amistad íntima es de difícil probanza, ya que su prueba directa es prácticamente imposible, no lo es menos que pueda ser inducida indirectamente de las circunstancias que se dan entre dos personas. b) Que el hecho de realizar conjuntamente la consulta y en el mismo lugar comporta, en opinión de esta Sala, la concurrencia de la amistad a que se refiere el recurrente. c) Que, en todo caso, la explotación conjunta de un consultorio médico supone la existencia de los vínculos a que se refiere el apartado e) del artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

*Todo Tribunal debe estar adornado de unas garantías de objetividad e imparcialidad suficientes a fin de que no exista resquicio alguno sobre la corrección técnica de la resolución impugnada. Y esto no ocurre cuando entre uno de los miembros del Tribunal y uno de los concursantes existen lazos profesionales y económicos y sobre la misma materia que es objeto del recurso, como es el caso.*

En nada se opone a la conclusión anterior lo establecido en el artículo 20.3 de la Ley de Procedimiento, ya que las normas que regulan la designación y composición de los Tribunales son distintas de las que regulan su válida constitución para actos de desarrollo del concurso. *No es dudoso que es perfectamente válida una reunión del Tribunal que se celebre con sólo tres miembros, pero tampoco es dudosa la invalidez del nombramiento del Tribunal en que uno de sus miembros fuera, por ejemplo, arquitecto. Todavía podría argüirse que el resultado del concurso habría sido el mismo si se hubiera nombrado otro miembro, pero tal afirmación es una hipótesis no contrastada si se tiene en cuenta que: a) Todos los miembros del Tribunal, incluso el recusado, configuraron las pruebas y el modo de celebración del concurso, y tanto unas como otras podrían haber sido distintas con el nombramiento de un sustituto. b) De haber existido el sustituto, las mayorías que dieran lugar al resultado del concurso (no se especifica en las actas cuáles fueron esas mayorías) podrían haber resultado diferentes a las producidas.*

Por lo que hace a la petición del actor de que se excluya al señor M. A., es evidente su improcedencia, ya que, anulándose las actuaciones en virtud de lo razonado, será el Tribunal que se constituya quien deba resolver las cuestiones propuestas, y sin que la Sala pueda imponer con carácter previo su criterio al que sustente el Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los contenidos en los considerandos de la sentencia apelada.

Interpuesto recurso de apelación por don Juan Isidro G. R. contra la sentencia dictada por el Tribunal *a quo*, y personado el mismo ante esta Sala dentro del plazo establecido al efecto, no ha formulado, sin embargo, el correspondiente escrito de alegaciones que permita conocer los concretos motivos por los que impugna la sentencia recurrida; sin que, por otra parte, aun admitiendo que la apelación haya sido promovida en términos de generalidad y mediante ella se transmite al Tribunal *ad quem* la plenitud de competencia para examinar y decidir todas las cuestiones ya planteadas en la primera instancia —con arreglo a lo declarado, entre otras, en las sentencias de 30 de junio de 1941, 8 de junio de 1960, 22 de diciembre de 1964, 27 de junio de 1973, 30 de octubre de 1974, 27 de diciembre de 1979, 22 de marzo y 12 de diciembre de 1983—, pueda recaer un pronunciamiento favorable, atendidos los razonamientos que recogen los considerandos de la sentencia apelada —aceptados íntegramente por esta Sala—, en los que se llega con acierto a la conclusión, al resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Carlos Miguel M. A. contra la Resolución de la Dirección General de la Salud de 11 de mayo de 1981, de anular todo lo actuado en el procedimiento de que dicha Resolución trae causa desde el momento en que

se denegó la recusación del miembro del Tribunal don Crisanto B. M. de A., quien deberá ser sustituido en la forma legalmente establecida.

Por cuanto antes se expone, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Juan Isidro G. R. y confirmar en todas sus partes la sentencia apelada; sin que, a tenor de lo prevenido en el artículo 131 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, sea de apreciar temeridad o mala fe para la imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 5 noviembre 1986.*)

6. *Infracción del principio de igualdad al exigir a efectos de idoneidad que la docencia se haya desempeñado en una Universidad pública, pese a no requerirlo la legislación aplicable.*

«Por Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 7 de febrero de 1984, se convocaron pruebas de idoneidad para acceder a las categorías de Profesor Titular de Universidad y de Profesor Titular de Escuela Universitaria, estableciéndose en su artículo 3.º las condiciones generales para poder presentarse a las referidas pruebas, sin que en ninguna de ellas se aludiera a que era necesario que la docencia universitaria o de investigación tuviera que haberse cumplido en una Universidad estatal; en virtud de la mencionada convocatoria, la hoy apelada solicitó participar en las pruebas de idoneidad indicadas, en el Área de Conocimiento de "Enfermería", y una vez terminadas las actuaciones de la Comisión de Pruebas de Idoneidad de la aludida Área de Conocimiento, por Resolución de 19 de septiembre de 1984 de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, se aceptó la propuesta de la citada Comisión a favor, entre otros, de la hoy apelada doña Ana María I. A. para ser candidata a la categoría de Profesor Titular de Escuela Universitaria de Enfermería, por lo que una vez presentada la documentación exigida en el artículo 18.2 de la Orden de convocatoria de 7 de febrero de 1984, por otra Resolución de 12 de diciembre del mismo año 1984, igualmente de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, fue nombrada la apelada Profesora Titular de Escuela Universitaria en el área ya indicada de "Enfermería". Sin embargo de cuanto antecede, por otra Resolución de la misma Secretaría de Estado del 21 de marzo de 1985, y por haberse apreciado que en la señora I. A. no concurrían los requisitos exigidos en la convocatoria para poder ser admitida a las pruebas de idoneidad —sin especificar cuáles de estos requisitos eran los incumplidos por la interesada—, se acordó la suspensión de su nombramiento y la tramitación de la anulación del acto administrativo de admisión, utilizando para ello el procedimiento de revisión contemplado en el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, acuerdo este último que es objeto de impugnación en este proceso especial, tramitado al amparo de la normativa contenida en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, en el que la sentencia ahora apelada por el Letrado del Estado, aceptando la pretensión de la recurrente, anuló la Resolución de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación impugnada, por estimar que con la misma se vulneraba el artículo 14 de la Constitución, en cuanto discriminaba de forma injustificada y arbitraria a dicha accionante.

Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala —sentencia de 18 de diciembre de 1984—, resolviendo en relación con un supuesto muy similar al que ahora se enjuicia, la Disposición Transitoria novena de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, si bien regula minuciosamente en su número dos las condiciones exigidas en cuanto al profesorado que, estando en posesión del título de Doctor en la fecha del 10 de julio de 1983, llevase el 30 de septiembre del mismo año cinco cursos académicos de docencia universitaria e investigación y se hallase desempeñando en la citada fecha de 10 de julio de 1983 las funciones de interino o contratado en los niveles del profesorado

que se especifican, sin embargo, no condiciona ninguno de dichos requisitos a características formales de pertenencia a Universidades oficiales del Estado, ni en cuanto al título de Doctor, ni en cuanto a la Universidad en la que se hayan prestado los servicios profesoraes, por lo que exigir la pertenencia a la Universidad estatal, y excluir, por consiguiente, a quien tales requisitos los cumpla en otra Universidad, determina una lesión al derecho constitucional a la igualdad de estos últimos, con clara y evidente discriminación de los mismos, por cuanto se les exigiría un requisito no contenido en la precitada Ley Orgánica, discriminando, insistimos, a quienes reúnen las condiciones en dicha Ley establecidas.

Al haberlo así entendido la sentencia apelada es por lo que procede su confirmación, con desestimación de la presente apelación y con expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la Administración apelante, por así disponerlo preceptivamente el artículo 10.3 de la Ley 62/1978.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 12 noviembre 1986.*)

*7. La exclusión de un opositor debe serle notificada en debida forma, pues en caso contrario se produciría indefensión, en contra del artículo 24 CE.*

«Contra la sentencia dictada por la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid de 22 de octubre de 1985 interpone recurso de apelación el Abogado del Estado, por estimar que los Tribunales encargados de juzgar y resolver los concursos-oposiciones, que tienen la obligación de expresar los resultados parciales de cada prueba en el lugar en que se efectuaron los ejercicios, se cumplió con la publicación en el tablón de anuncios de no apto y no precisa una notificación personal individualizada a todos y cada uno de los participantes, ya que ello supondría la práctica paralización de Tribunales de oposición, no infringiéndose el artículo 24 de la Constitución, pues no se le niega la facultad de poder recurrir contra tal acuerdo, y ya en el trámite de audiencia al interesado —art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo— podrá tener pleno conocimiento de los motivos y causas que determinaron el acuerdo del Tribunal Médico, con lo cual se evitará la situación de indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución española.

De acuerdo con la doctrina de esta Sala mantenida en la sentencia de 28 de junio de 1977, el procedimiento para la selección de funcionarios establecido en el Decreto de 27 de junio de 1968 —núm. 1411 de 1968— está constituido por una serie encadenada de actos, entre ellos el de admisión de aspirantes, que terminan con el de aprobación de los seleccionados, y aquellos actos previos, si bien son de trámite en el sentido de constituir actuaciones conducentes a la resolución final, tienen tal esencialidad que son susceptibles de recurso autónomo, sin esperar a pronunciamiento definitivo, puesto que como comprendidos en la referencia genérica del artículo 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, pueden poner fin al procedimiento y producir indefensión; y este carácter de actos separables, en el sentido de ser susceptibles de impugnación autónoma, está claramente determinado en el artículo 12 del Decreto de 27 de junio de 1968, cuando establece que la convocatoria y sus bases, y cuantos actos administrativos se deriven de ésta y de la actuación del Tribunal, podrán ser impugnados por los interesados en los casos y en la forma establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo; de lo que se desprende que la impugnación de la admisión de un opositor en quien se estima que no concurren las circunstancias exigidas en la convocatoria se ha de efectuar tras de formular, en su caso, reclamación contra la inadmisión, cosa que efectuó el recurrente por instancia dirigida al General Director de la Escuela de Estudios Jurídicos, por lo que, tratándose de un acto administrativo dirigido a persona concreta,

debió accederse a lo solicitado y practicarse la notificación en la forma señalada en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Aunque el Letrado de la Administración admite la posibilidad de poder recurrir tal pronunciamiento sin esperar al resultado final del concurso-oposición, estima no ser necesaria la notificación personal motivada que pretende el peticionario; frente a esto debe tenerse en cuenta que, por una parte, la notificación debe contener el texto íntegro del acto, con la indicación si es o no definitivo en la vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra el mismo procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, y no es conforme con el artículo 24 de la Constitución y podría producir indefensión si la notificación no fuere completa, es decir, con pleno conocimiento de los motivos de tal acuerdo; a este respecto, la sentencia de 14 de febrero de 1981 establece el sistema de garantías del administrado frente a la actuación de la Administración, y no se conforma con simples conjeturas o presunciones de conocimiento del acto, sino que exige el conocimiento pleno del mismo, reforzado con el complemento de las preceptivas advertencias, a fin de evitar la indefensión; por ello procede desestimar la apelación interpuesta.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 19 noviembre 1986.*)

8. *Inexistencia de infracción del principio de igualdad en el acceso a cargos públicos al fomentar, de forma proporcionada y no excluyente, el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma.*

«El párrafo 2.º del artículo 23 de la Constitución española establece el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. El contenido de esta norma viene dado por el propio texto constitucional, en su artículo 103, donde aquel acceso tendrá lugar de acuerdo con los principios de mérito o capacidad. Se configura así, en este sector, la igualdad esencial de los españoles ante la ley (art. 14), que veda cualquier discriminación arbitraria, con acepción de personas, en virtud de circunstancias personales o sociales ajenas al fundamento y finalidad de los actos singulares o disposiciones generales. En consecuencia, los méritos han de reunir las características de generalidad y adecuación funcional, según el Tribunal Constitucional —Sentencia de 22 de diciembre de 1981.

En el presente proceso ha de enjuiciarse a la luz de esas normas fundamentales la convocatoria de un concurso-oposición para cubrir unas plazas de funcionarios técnicos superiores de Administración Especial en la Diputación de Barcelona. En la fase del concurso se valora como mérito el conocimiento del catalán hasta un punto, dentro de un abanico por el que en total pueden obtenerse cinco. La segunda etapa, correspondiente a la oposición, tiene asignados quince y, por lo tanto, la puntuación final puede llegar a la cifra de veinte, sumados los resultados máximos de ambas fases.

Es *razonable* desde cualquier perspectiva que se fomente la posesión del idioma catalán, propio de la Comunidad Autónoma donde se va a ejercer la actividad, según el artículo 3.º del Estatuto —Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre—, y cooficial con el castellano en aquel territorio, según establece la Constitución (también art. 3.º). Ese *fomento*, en el sentido instrumental de la expresión, como uno de los miembros de Trípodé que forman, además, la "policía" y el "servicio público", se hace por vía positiva, mediante un premio o incentivo, sin dotar a tal exigencia de un talante excluyente y, por tanto, eliminador. En el mismo sentido se pronuncia la Ley estatal 30/1984, de 2 de agosto, que contiene las medidas para la reforma de la función pública, donde se dice que "en las convocatorias para acceso... las Administraciones Públicas, en el respectivo ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de funcionarios debidamente capacitados para cubrir los puestos

de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales" (art. 19.1, párrafo 3.º). Y, en definitiva, el Tribunal Constitucional ha declarado explícitamente que "una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales y estatutarios lleva... a considerar el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad como un mérito para la provisión de vacantes" —sentencia 76/1983, de 5 de agosto—. Por otra parte, según indica también la sentencia impugnada, cuyos sólidos razonamientos asumimos como propios, existe una proporcionalidad de la puntuación otorgada a la lengua vernácula dentro del conjunto de la valoración de los demás méritos, de tal modo que aquélla no puede neutralizar por sí sola a los profesionales. Tal era, en cambio, el caso de nuestras sentencias de 25 de enero de 1984, donde se contempló el excesivo peso específico del idioma propio, que descompensaba el equilibrio de los otros componentes del *curriculum* y se convertía así en un factor de discriminación respecto del resto de los aspirantes.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 23 diciembre 1986.*)

## II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

### 1. *Prioridad de funcionarios de carrera sobre los contratados a efectos de la provisión de puestos de trabajo.*

«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 la 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 al 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.

Obviamente impropio de la alegada, y aquí reiterada, causa de inadmisibilidad, ya que *la legitimación para el actual contencioso de la Administración General del Estado se halla reconocida en nivel de Ley por la de 5 de octubre de 1981, en su artículo 2, y es de suyo compatible e independiente de la que dicha Administración del Estado también posee para acudir al Tribu-*

*nal Constitucional en conflicto de competencias o, en general, para ejercitar cualquier otro modo de defensa de las que le están atribuidas, cumple aquí añadir, en cuanto al tema de fondo básico y esencial del litigio, que, referido éste a la conformidad o no a Derecho de 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.ª 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 de 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, así ajustadas a la Constitución, bien que dentro de la primacía de bases legales del régimen funcional del Estado, conforme a doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1982, de 8 de febrero.*

*Esta básica cuestión 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.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 11 abril 1986.)*

### III. DERECHOS

#### 1. *Legalidad del RD 2924/81, en cuanto afecta a los Ingenieros Técnicos Industriales.*

«El primer motivo de impugnación se fundamenta al decir que el Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 era ya improcedente en el momento en



que fue dictado; que, en todo caso, se extinguió por consunción el 4 de julio de 1977, y que, en último término, ha sido derogado por la Constitución de 1978, por lo que el Gobierno debió dictar un Decreto-ley para regular la materia de que trata, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en relación con el artículo 103.2 de la Constitución. Argumentación la acabada de expresar que no procede ser acogida, pues en el presente caso no puede perderse de vista que se está, habida cuenta de los preceptos del Decreto de referencia que son impugnados, ante una *simple integración en un Departamento Ministerial de competencias que antes compartía con otro Departamento, con la consiguiente reestructuración de los órganos administrativos correspondientes. No puede decirse, por ello, que se esté ante una reforma sustancial de un Departamento Ministerial de las aludidas en el artículo 3.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por lo que forzoso se hace entender que la disposición impugnada, no obstante la referencia que en su preámbulo se hace al Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, tiene el adecuado rango normativo para regular la materia de que se trata*, dado, además, lo dispuesto en el originario artículo 2.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, y habida cuenta también que esta Sala tiene declarado —sentencia de 18 de marzo de 1985— *que aún hoy el Consejo de Ministros tiene atribuida una potestad reglamentaria genérica, distinta de la mera ejecución de las leyes* —art. 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y arts. 97 y 106 de la Constitución—, *no siendo ejecutivos aquellos Reglamentos dictados en ejecución de la potestad normativa genérica y denominados "independientes", "autónomos" o "praeter legem", que si bien han de respetar el bloqueo de legalidad formal* (principios de competencia, legalidad y jerarquía normativa, arts. 9, 103 y 106 y concordantes de la Constitución, y art. 1.2 del Código Civil, arts. 23, 28 y concordantes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), *no están sujetos a determinados requisitos de control previo* —sentencias de 16 de diciembre de 1981, 14 de enero y 4 de febrero de 1982—.» (Sentencia de la Sala 4.ª 29 octubre 1986.)

## 2. Profesorado EGB. Evolución. Retribuciones.

«El Letrado del Estado interpone este recurso extraordinario de apelación en interés de la ley contra sentencia de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia de fecha 6 de noviembre de 1985, que declaró el derecho de la recurrente, Maestra Nacional integrada más tarde en el Cuerpo de Profesores de Educación General Básica, a percibir la totalidad de los trienios con arreglo al nivel de proporcionalidad 8, así como las diferencias correspondientes a los cinco años anteriores a la petición, pretendiéndose mediante este recurso que se declare como doctrina correcta que los trienios han de computarse con arreglo al nivel de proporcionalidad 6 durante el tiempo en que prestó servicios como Maestra Nacional, por ser el que correspondía al coeficiente 2,9 que tenía asignado el Magisterio Nacional, y con arreglo al nivel de proporcionalidad 8 los prestados como Profesora de Educación General Básica, cuerpo al que se reconoció el coeficiente 3,6 por el Decreto-ley de 11 de diciembre de 1970.

Por tratarse de sentencia referida a cuestión de personal, no comprendida en ninguno de los supuestos de excepción previstos para su apelabilidad en el artículo 94 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, la misma es susceptible del recurso extraordinario de apelación en interés de la ley que regula el artículo 101 del mismo texto legal, cuyo éxito, con los efectos que señala el número 4 del mismo precepto, limitadas a la fijación de la doctrina legal correcta y con respeto a la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre, requiere la concurrencia de un doble requisito, al exigir, de una parte, que sea gravemente dañosa, lo que no se discute, y, de otra,

que el fallo se base en doctrina gravemente errónea, que concurre según el Letrado del Estado recurrente, por entender que el Magisterio Nacional y el de Profesores de Educación General Básica son dos Cuerpos absolutamente distintos, como lo demuestran las circunstancias de que durante algún tiempo han coexistido ambos y que la integración en el segundo no se produjo de forma automática, sino previa realización de cursos de actualización y perfeccionamiento.

De las muchas reformas que se han producido en los tres niveles tradicionales de enseñanza —primaria, media y superior—, la instaurada por la Ley General de Educación y Financiación de la Reforma Educativa de 4 de agosto de 1970, el Decreto-ley de 11 de diciembre del mismo año, Decreto de 19 de octubre de 1972 y demás disposiciones dictadas para el desarrollo y cumplimiento de las anteriores, potencia en un doble sentido la enseñanza preescolar y la primaria, prolongando, de una parte, el periodo de obligatoriedad, que determinó la desaparición de los estudios correspondientes al Bachillerato elemental; de otra, estableciendo un nuevo modelo educativo basado en la especialización, pues cada profesor había de impartir enseñanza a los alumnos de un curso con nivel similar de conocimientos, especialización que se intensifica en los cursos de la segunda fase o etapa con profesorado distinto para cada una de las tres áreas de conocimiento que establece el Decreto de 5 de diciembre de 1975, modelo educativo que determinaba, especialmente en el medio rural, la desaparición de las antiguas escuelas unitarias, de niños o niñas, y de las mixtas, con el consiguiente alejamiento del alumno respecto de la escuela, en beneficio de una enseñanza por grados y especializada que solamente era posible mediante la concentración en los Colegios Nacionales de Educación General Básica.

El cambio de denominación de Cuerpo del Magisterio Nacional por el de Profesores de Educación General Básica; la modificación del coeficiente retributivo, que ya con anterioridad había sido objeto de otra modificación, cuando el Decreto de 24 de julio de 1968 elevó al 2,9 el coeficiente inicial del 2,3 fijado por el Decreto de 28 de mayo de 1965; la implantación gradual del nuevo sistema educativo durante un periodo de diez años, por las razones que se explicitan en la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley General de Educación, y la dudosa utilización del término integración, no pueden relegar a segundo término el hecho básico y fundamental, a los efectos que aquí interesan, de que el nuevo sistema es sustitución total del modelo educativo anterior, que dispone la utilización de todos los medios materiales del anterior que sean aprovechables, mediante la reclasificación de los centros de enseñanza estatales con arreglo a la graduación de la enseñanza que establece la nueva legislación y la transformación de las Escuelas Normales en Escuelas Universitarias integradas en la Universidad, y, sobre todo, iniciándose la andadura del nuevo sistema educativo con el mismo y valioso funcionariado que con anterioridad ya tenía a su cargo la formación preescolar y primaria del alumnado, pues lo cierto es que, con independencia de los cambios de denominación u otros de orden secundario, los anteriores Cuerpos de Directores Escolares, de Inspección del Ministerio de Educación Nacional y del Magisterio Nacional pasaron automáticamente y en bloque a integrarse en la organización del nuevo sistema educativo, respetando su situación administrativa y escalafonal, las Mutualidades de los distintos Cuerpos y los derechos de casa-habitación o indemnización sustitutoria, reconociendo expresamente a los Maestros Nacionales aptitud para continuar impartiendo la enseñanza preescolar y la del primer ciclo de Educación General Básica, con posibilidad de acceder a la especializada por áreas de conocimiento de la segunda fase siempre que se hallen en posesión de los títulos y diplomas o mediante la realización de cursillos que en normas posteriores habían de señalarse, todo ello de acuerdo con lo establecido en las disposiciones legales antes mencionadas, especialmente en las transitorias.

El artículo 4.3 del Real Decreto-ley de 30 de marzo de 1977, la Ley de 26 de diciembre de 1978 y el artículo 2.º del Real Decreto de 25 de junio de 1982

regulan el cómputo de trienios de los funcionarios de carrera en supuestos de servicios prestados en más de un Cuerpo, escala o plaza con distinto nivel de proporcionalidad, que no son de aplicación a los Maestros Nacionales que después se denominaron Profesores de Educación General Básica, pues no se trata en este caso del cambio o acceso de un funcionario desde un Cuerpo, escala o plaza a otra distinta, sino de un Cuerpo que con nombre distinto asume en su totalidad las funciones educativas por aquél desempeñadas e integra en bloque a sus funcionarios, como ya reconocía la exposición de motivos del Decreto-ley de 1 de febrero de 1973 al referirse al antiguo Cuerpo del Magisterio Nacional y actual Cuerpo de Profesores de Educación General Básica, el Decreto de 5 de octubre de 1983 sobre pensiones de los Maestros jubilados o fallecidos con anterioridad al 1 de noviembre de 1972 y la sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 1985, que declaró que el cómputo de los trienios de dichos Maestros a efectos pasivos debía efectuarse con arreglo al coeficiente 3,6 y con efectos económicos desde los cinco años anteriores, lo que determina la procedencia de desestimar el presente recurso extraordinario de apelación en interés de la ley por ser correcta la doctrina fijada en la sentencia objeto del mismo.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 14 noviembre 1986.*)

3. *No tiene la condición de funcionario local, ni ostenta, por tanto, derecho a pensión por jubilación, quien prestó a la Corporación servicios de índole contractual en situación de concertado.*

«Según establece el artículo 1.º del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, ostentarán la condición de funcionarios los que en virtud de nombramiento legal desempeñen en las Entidades u Organismos que lo constituyen servicios de carácter permanente, figuren en las correspondientes plantillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos, estableciendo el artículo 2.º que los funcionarios de la Administración Local podrán serlo en propiedad, interinos o accidentales, siéndolo en propiedad quienes ingresen con tal carácter por oposición o concurso en forma reglamentaria y a los que ostenten esa condición en virtud de disposiciones legales.

Acreditado en autos que los servicios que el señor B. G. prestó a la Excm. Diputación de Cáceres tuvieron la nota de los denominados concertados, fuera del ámbito de los incluidos en el citado artículo 2.º e incluidos en el artículo 8.º, es evidente que al relacionar este artículo con el 78 del texto legal a que nos venimos refiriendo fácilmente se comprueba que no puede percibir, dado la índole de la relación contractual que mantuvo, derechos pasivos del Ente que se configura en la parte actora, porque para ello hubiera sido preciso que sus servicios hubieran sido prestados con el carácter de funcionario en propiedad.

Inexistente la obligación de afiliar al señor B. G. a la MUNPAL, pues cuando ésta se creaba el mismo se encontraba en situación de excedencia activa, obediente a servicios prestados no a la Excm. Diputación de esta ciudad, sino a otra rama de la Administración, ninguna responsabilidad puede atribuirse a aquélla respecto a la falta de los requisitos necesarios para que don Santiago B. G. cause pensión ordinaria de jubilación a tenor de lo dispuesto en el artículo 45 de los Estatutos revisados de la MUNPAL, pues, insistiendo en lo expuesto, el señor B. G., por la circunstancia de no haber sido funcionario de la Corporación, no puede hacer valer contra la misma ningún derecho a pensión por jubilación, pues por su situación de concertado no causó derechos pasivos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan, en lo sustancial, los contenidos en los considerandos de la sentencia apelada.

Las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado, en el recurso de apelación por él interpuesto, no desvirtúan los razonamientos recogidos en los considerandos de la sentencia recurrida —aceptados, en lo sustancial, por esta Sala—, en los que se efectúa una adecuada apreciación de los hechos objeto del debate y se aplican también rectamente los artículos 1.º, 2.º, 8.º y 78 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952, así como el artículo 45 de los Estatutos revisados de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, aprobados por Orden de 9 de diciembre de 1975, para llegar con acierto a la conclusión de que, con arreglo a los aludidos preceptos, no son conformes a derecho las resoluciones administrativas impugnadas, por lo que las anula y declara, de una manera expresa, la *inexistencia de obligación por parte de la Diputación Provincial de Cáceres de abonar pensión de jubilación a don Santiago B. G. o de cualquier otra prestación económica con ella relacionada, ya que el mismo no ha tenido nunca el carácter de funcionario de la citada Corporación, a la que ha prestado servicios de indole contractual y en situación de concertado*; debiendo significarse, al decidir el presente recurso de apelación, que la prueba practicada para mejor proveer en esta segunda instancia ha venido a corroborar que los servicios prestados, desde el 31 de enero de 1946 hasta el 1 de mayo de 1977, como Profesor de Música, a la Diputación Provincial de Cáceres (en plaza que no corresponde al Cuerpo a que pertenece el señor B. G., Director de Banda de Música) lo han sido necesariamente con el referido carácter contractual o de "servicio concertado", como lo acredita el que, durante ese mismo período, fue declarado en situación de excedencia activa el 8 de mayo de 1954 por Resolución de la Dirección General de Administración Local, Director propietario de la Banda de Música del Ayuntamiento de Lugo en 17 de febrero de 1969, Director interino de la Banda de Música del Ayuntamiento de Tomelloso el 1 de julio de 1973 y Director propietario de esa misma Banda el 23 de julio de 1975, en cuyo cargo permanece hasta su jubilación forzosa por edad el 1 de mayo de 1977 (fechas todas ellas en las que también prestaba servicio como Profesor de Música a la Diputación Provincial de Cáceres).» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 17 octubre 1986.*)

#### 4. *Funcionarios Administración Local. Trienios. Cómputo. Necesidad de un análisis cauteloso y moderado de los requisitos de identidad a efectos de recurso de revisión.*

«La naturaleza de este especialísimo recurso exige, en cuanto al examen de fondo del mismo, el análisis cauteloso y mesurado de los antecedentes fácticos y la interpretación rigurosa y estricta de las normas legales de aplicación al mismo, pues la finalidad que con dicho recurso se persigue es combatir la firmeza de las sentencias, la llamada santidad de la cosa juzgada, afectando a la seguridad jurídica de los litigantes, por lo que sólo en el supuesto de que las circunstancias que lo motivan se incardinan dentro del cuadro normativo legal aplicable a este extraordinario recurso procederá su examen.

Las resoluciones confrontadas son las sentencias dictadas por la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia con fecha 17 de enero de 1986 —sentencia invocada como antecedente recaída en los autos 341/1985— y la de fecha 12 de febrero de 1986 —cuya rescisión se postula—, decisoria del recurso contencioso-administrativo 326/

1985, refiriéndose ambas a resolución de recursos contencioso-administrativos interpuestos por funcionarios de la Diputación Provincial de Valencia contra acuerdos de la misma, sobre solicitud de servicios computables, a efectos de trienios, del período de tiempo que excedió del servicio militar obligatorio, denegatorios de lo postulado por los recurrentes, y mientras la sentencia invocada como antecedente —la de 17 de enero de 1986— desestima el recurso y declara ajustadas a Derecho las resoluciones recurridas, la dictada con fecha 12 de febrero de 1986 —cuya rescisión se postula— estima el recurso y declara no ajustadas a Derecho las resoluciones impugnadas.

Del examen y comparación de los antecedentes fácticos de ambas resoluciones jurisdiccionales contradictorias se pone de relieve la evidente identidad objetiva entre los supuestos que determinaron ambas sentencias, identidad que se proyecta en el ámbito de las relaciones jurídicas, derechos derivados de ellas y postulaciones deducidas en ambos procesos por los recurrentes y cuya identidad entra dentro del marco normativo del artículo 102.1.b) de la Ley de la Jurisdicción, pues el propio objeto hay que entenderlo en el sentido de pretensiones sustancialmente iguales, refiriéndose el concepto "propio" a idea de consustancialidad y siendo el "propio objeto" un acto jurídico que sirva a una y otra resolución de materia común. Respecto de la identidad subjetiva cabe, por extensión, aducir que la identidad legal no se refiere a una coincidencia personal propia, sino la inspirada en un criterio de identidad posicional de una o varias personas que ostentan iguales derechos, consecuencias de relaciones jurídicas coincidentes, sustancialmente, y de las que se derivan equivalentes derechos para los actores en ambos procesos. Por último, sobre la identidad de fundamentos, de la comparación de ambas sentencias se extrae la consecuencia que los mismos tienen una identificación equivalente al derecho invocado, y la fundamentación en ambas es la misma, aunque el Tribunal llegue a conclusiones distintas. Mas esta diferente conclusión no opera en virtud de falta de coincidencia en las normas aplicadas, sino que es producto del diferente criterio valorativo e interpretativo que respecto de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, y Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, obtiene el Tribunal, por lo que procede señalar la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional, para el examen de este singular recurso.

El artículo 1.1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previstos en la Administración Pública, establece su procedencia a los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Local y otras, de la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones previos a la constitución de los correspondientes Cuerpos, escalas o plazas, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración Pública, considerándose como servicios efectivos todos los indistintamente prestados en las esferas de la Administración Pública, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral (apartado 2 del mismo precepto). El artículo 1.1 del Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, por el que se dictan normas de aplicación de la Ley 70/1978, anteriormente citada, señala que, a efectos de perfeccionamiento de trienios, se computarán todos los servicios prestados por los funcionarios de carrera en cualesquiera de las Administraciones Públicas —incluida la Militar—, "excepto aquellos que tuvieran el carácter de prestaciones personales obligatorias".

En ambos recursos, los recurrentes alegan su derecho a que le sean computados a efectos de perfeccionamiento de trienios el exceso de tiempo que sobre el que con carácter normal estableció la Ley de 8 de agosto de 1940, sobre Servicio Militar —dos años—, efectivamente prestaron los recurrentes, debiendo de indicarse inmediatamente que a la nota de voluntariedad que a *contrario sensu* ha de considerarse como esencial del contenido del párrafo final del artículo 1.1 del Real Decreto 1461/1982, para el cómputo de los servicios prestados, ha de unirse y completarse con la de la integración en

la Administración, mediante una relación de carácter funcional, ya que para el reconocimiento de la totalidad de los servicios indistintamente prestados por los funcionarios en las Administraciones Públicas, previos a la constitución de los correspondientes Cuerpos, escalas o plazas o a su ingreso en ellas, así como el período de prácticas, tal como se explicita en el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 70/1978, cuando los prestados lo fuesen en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino), y los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, es necesario, además de la mera voluntariedad, la creación de una relación jurídica, de nexo, aunque ésta fuere de carácter eventual o circunstancial y con un ámbito temporal determinado o permanente que configure a dicha relación como de carácter funcional en las diferentes modalidades que ésta puede representar, y entre las que no se encuentra la prestación del Servicio Militar, considerado tanto en la Constitución (art. 30) como en la Ley de 8 de agosto de 1940, de Servicio Militar (art. 1.º), como una prestación personal obligatoria que excluye el tiempo de su duración como período hábil a efectos de reconocimiento de servicios en la Administración Pública, y no puede argüirse, como se realiza en la sentencia impugnada, que el período del servicio en filas del Servicio Militar tenía una duración de dos años, pues con independencia de que el artículo 3.º de la citada Ley de 8 de agosto de 1940 establece que el Servicio Militar contado a partir del ingreso en Caja durará veinticuatro años, período en que por la naturaleza obligatoria del mismo la prestación es exigible a requerimiento del Estado, es que, además, el párrafo último del precepto indicado señala que frente al período normal del servicio en filas, que tenía una duración inicial de dos años, el Gobierno, en casos de que circunstancias lo exigiesen, está autorizado para diferir el pase a la situación de reserva, así como para llamar a filas a los que se encuentran en esta situación militar, mediante la movilización de los mismos, y no constando acreditado en los expedientes nada más que el tiempo de servicio en filas, sin haberse acreditado que el tiempo en exceso del normal de duración de esta situación —dos años— lo fuese por virtud de ampliación voluntaria del tiempo del mismo (reenganche), lo que podría equivaler a la situación de funcionario eventual contratado, ha de entenderse que el período servido en filas, aun superior al establecido, no fue prestado en virtud de acto de manifestación de voluntad de los interesados, sino en cumplimiento de la exigencia obligatoria impuesta, máxime si se tiene en cuenta que el período en que los recurrentes realizaron el Servicio Militar coincidió con el derivado de la Segunda Guerra Mundial —1939-1945—, lo que obligó al Gobierno de la nación a mantener en la situación de "servicio en filas" a los interesados por el exceso de tiempo sobre el inicial de dos años, debiendo de entenderse, como se realiza por la sentencia antecedente, que el período que excedió de los dos años iniciales y, en consecuencia, el tiempo de duración del Servicio Militar realizado por los recurrentes ha de considerarse como una prestación obligatoria y, por tanto, excluido dicho período de tiempo del cómputo para el perfeccionamiento de trienios, conforme al artículo 1.1 del Real Decreto 1461/1982, de 15 de junio, declarando que debe conducir a la rescisión de la sentencia impugnada, declarando prevalente la doctrina sentada por la sentencia antecedente de 17 de enero de 1986.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 22 noviembre 1986.*)

5. *Para que un derecho adquirido pueda considerarse existente dentro de una relación intertemporal o de sucesión de normas tiene que haberse producido la consolidación de una situación jurídica bajo el imperio del ordenamiento anterior. Frente a la potestad organizatoria de la Administración no pueden esgrimirse con éxito más que los derechos que por consolidación hayan desembocado en la condición de adquiridos, que son los de orden económico y los del contenido de la función a desarrollar. La reducción de la edad de jubilación ni infringe derechos adquiridos ni es una medida expropiatoria. Valor de cosa juzgada de la STC de 29 de julio de 1986.*

«La base de fundamentación de la demanda es lo que se califica de derechos adquiridos por el recurrente a prestar servicios al Ayuntamiento de Barcelona en calidad de funcionario del mismo hasta el momento de cumplir los setenta años de edad y a seguir acumulando todo ese tiempo a los trienios, computándose, además, a los efectos pasivos. La primordial cuestión que hay que dilucidar es, pues, la de si el actor, por su condición de funcionario de la Administración Local, está o no asistido de un derecho adquirido, ya que, como se dice en la demanda, nace con la formalización de la relación jurídica en virtud de la oposición o concurso-oposición y se perfecciona con el nombramiento legal como tal funcionario, comprendiéndose en su contenido la exigibilidad de que se prolongue la actividad funcional por el tiempo que tenía establecido la legislación vigente cuando se produjo e inició la relación funcional. A este respecto, y para rechazar la existencia de derecho adquirido, argumenta la sentencia la Disposición Transitoria 6.ª, 1, del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, texto articulado parcial de la Ley 41/75, de Bases del Estatuto del Régimen Local, sobre lo que considera la misma derecho adquirido, para pasar seguidamente a examinar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la naturaleza del derecho adquirido, citando al efecto las sentencias de esta Sala de 1 y 12 de abril de 1984, que establece que para que un derecho adquirido pueda considerarse existente dentro de una relación intertemporal o de sucesión de normas tiene que haberse producido la consolidación de una situación jurídica bajo el imperio del ordenamiento anterior, consolidación que requiere la concurrencia de cuantos requisitos sean necesarios para el perfeccionamiento del acto según la anterior normativa, consolidación que no tenía el recurrente cuando se dictó el artículo 33 de la Disposición Transitoria 9.ª de la Ley 30/1984; corroboran lo anterior las sentencias de 25 de febrero de 1977 y 28 de enero y 8 de mayo de 1981, entre otras, relativas a que, frente al poder organizatorio de la Administración, no puede esgrimirse con éxito más que los derechos que por consolidación hayan desembocado en la condición de adquirido, que viene limitando a los de orden económico o a los relativos al contenido de la función a desarrollar, pero no cabe alegar cuando entran de lleno en la *potestas variandi* de la Administración, al reconocerse que la relación funcional es resultado de un acto condición, por virtud del cual el funcionario queda sujeto a un *status* legal y reglamentario sometido en cualquier momento a la posibilidad innovadora de la Administración, que puede alterar así su situación anterior, pues pretender que las meras o simples expectativas... son susceptibles de protección jurídica frente a la norma posterior que modifica el régimen establecido en la anterior es desconocer la virtualidad y eficacia de las normas como correctoras de situaciones innovativas de las relaciones jurídicas que han de ser condicionadas por las circunstancias sociales cambiantes.

Con posterioridad a la sentencia apelada se ha dictado por el Tribunal Constitucional la de 29 de julio de 1986, recurso número 839 de 1985, que aunque se produjo en el recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad

de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Ley Orgánica del Poder Judicial, y subsidiariamente contra determinados preceptos de la misma, ha examinado y establecido con carácter general el *status* de los funcionarios —y de los jueces— en orden a los supuestos derechos adquiridos por la reducción de la edad de jubilación a los sesenta y cinco años, y esta sentencia del Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 164.1 de la Constitución española, tiene el valor de cosa juzgada, vinculando, como dice el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, sobre el Tribunal Constitucional, a todos los poderes públicos y produciendo efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", y allí se establece manteniendo su jurisprudencia anterior el carácter de estatutaria de los funcionarios, que no puede ser regulado por la Administración, en la reglamentaria, ni depende de la voluntad del interesado, sino que debe ser fijado por ley, pudiendo modificar sus condiciones, y entre ellas el momento en que ha de producirse la jubilación, pues no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello, en el momento de su acceso, por lo que no se vulnera el principio de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, pues dado que no se pueden limitar derechos que no existen, ya que no alteran situaciones ya agotadas o perfectas, sino que se limitan a establecer para el futuro la consecuencia jurídica, la jubilación, que aún no ha tenido lugar respecto a los sujetos afectados, y no puede apreciarse discriminación dado el carácter general de la medida adoptada.

No puede argumentarse que la reducción de la edad de la jubilación es una medida expropiatoria, ya que sólo son expropiables la privación de bienes y derechos e incluso intereses patrimoniales legítimos, pero en ningún caso lo son las expectativas; más aún, la doctrina jurídica y jurisprudencial consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no los eventuales o futuros, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria.

Se alega por el recurrente la no aplicabilidad a los funcionarios de la Administración Local de la Ley de 2 de agosto de 1984, pero el artículo 1.3 de la Ley establece como ámbito que las medidas de esta Ley son de aplicación como bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos dictadas al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y, en consecuencia, aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas el artículo 33, que establece la jubilación forzosa de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años, y la Disposición Transitoria 9.ª, que aplica el artículo 63 del Real Decreto 315/1964, al establecer nueva edad de jubilación, sin que pueda alegarse, como hace el recurrente, derechos adquiridos a mantener la edad de los setenta años, como se ha expuesto en los considerandos anteriores, por no existir los mismos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 38.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad sólo impedirán cualquier planteamiento ulterior en la misma vía fundado en infracción de idéntico precepto constitucional; como consecuencia de ello, este Tribunal estima por los razonamientos que se vienen exponiendo, y que ponen de relieve la improcedencia de plantear ante el Tribunal Constitucional si la cuestión sobre los preceptos de la Ley 30/1984 —artículo 33 y la Disposición Transitoria 9.ª— pueda estimarse que conculcan lo dispuesto en los artículos 33 y 106.2 de la Constitución española, en cuanto establecen, respectivamente, que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sin que medie la correspondiente indemnización, y que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos.

Igualmente es de rechazar la pretendida aplicación al caso de autos de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981, que declaró inconstitucional la Disposición Adicional 5.ª del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto contempla la posibilidad de la constitucionalidad de la jubilación



forzosa por no ser extensible a otras leyes ni existir identidad de naturaleza entre la relación laboral y la funcionarial.

Es de rechazar la alegación de que la sentencia apelada no resuelve todas las cuestiones planteadas, motivo por el cual deba estimarse incongruente, ya que haciéndose derivar de un derecho adquirido por el recurrente las indemnizaciones solicitadas, la sentencia apelada las rechaza al negar que existe tal derecho, según se ha dejado sentado en los considerandos 1.º, 2.º y 3.º de la misma, procediendo en su consecuencia la desestimación del recurso, que ha resuelto de esta forma todas las cuestiones en él planteadas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 29 noviembre 1986.*)

#### 6. *Reserva de ley para variar el coeficiente retributivo.*

«Los recurrentes, todos ellos pertenecientes a la Escala Técnica de Administración del "Servicio Nacional de Productos Agrarios", Organismo Autónomo dependiente del Ministerio de Agricultura, impugnan el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de marzo de 1985, que les denegó la petición de elevar el coeficiente retributivo 4, que tenían asignado, al 5, y, asimismo, el aumento del grado inicial 1 al 3, todo ello con efectos retroactivos de cinco años a contar de la fecha de dicha petición. Oponiéndose a esta pretensión el Letrado del Estado, que da por reproducidos los razonamientos expuestos en el Acuerdo recurrido, añadiendo, además, que la fijación de los conceptos retributivos de todos y cada uno de los Cuerpos y Escalas de la Administración corresponde, dentro de los límites establecidos por las leyes, a la potestad organizatoria de la Administración.

Para rechazar la pretensión de los recurrentes basta recordar que esta Sala en reiteradas sentencias, entre ellas la de 3 de febrero de 1984 (y no del día 13, como se dice en el escrito de alegaciones), ha tenido ocasión de declarar que "aunque conforme a la Ley 31/1965, de 4 de mayo, correspondía al Consejo de Ministros la modificación del coeficiente señalado y, por tanto, también los de los funcionarios de los Organismos Autónomos por aplicación del Decreto 157/1973, de 1 de febrero, ya a partir de la vigencia del Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, y de la Ley 42/1979, de Presupuestos Generales del Estado para 1980, la estructura de las retribuciones básicas de los Cuerpos ha quedado establecida por la proporcionalidad y el grado (con el carácter provisional previsto en dicha norma), no siendo posible modificar por disposición del Consejo de Ministros los coeficientes multiplicadores ya asignados, toda vez que dicha modificación afectaría a un concepto que ha quedado derogado con incidencia de la asignación del grado inicial de la carrera administrativa, variación ésta que exige rango de ley, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la mencionada Ley 42/1979, que faculta al Gobierno para presentar, a propuesta del Ministro de Hacienda, previa iniciativa de los respectivos Departamentos e informe favorable de la Comisión Superior de Personal, propuestas de ley en las que se modificará el grado asignado". Doctrina la anterior que aparece reiterada en sentencias posteriores, como las de 12 de marzo y 29 de marzo de 1985, que recuerda, además, que la vigencia del artículo 8.2 de la Ley 42/1979 se ha mantenido en las Leyes reguladoras de los Presupuestos Generales del Estado, como lo revelan el artículo 6.3 de la Ley 74/80, de 29 de diciembre; el artículo 4.3 de la Ley 44/1981, de 26 de diciembre; el artículo 3.3 de la Ley 9/1983, de 13 de julio, y el artículo 3.3 de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre. Y, asimismo, en la sentencia más reciente de 21 de diciembre del mismo año 1985, que agrega que aunque se entendiese no aplicable el artículo 6.1 del citado RD-L 22/1977, por haber sido derogado expresamente por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre Reforma de la Función Pública, ha de tenerse en cuenta que esta última exige igualmente una ley para la modificación del nivel de titulación exigible para el ingreso en los distintos Cuerpos, Escalas o plazas, previa una tramitación similar a la prevista en el artículo 4.3 de la Ley 44/1981, para la variación

del grado inicial. Y sin que a lo expuesto anteriormente puedan oponerse las alegaciones de los recurrentes, en primer lugar, porque, como ya hemos visto, la Ley de la Reforma de la Función Pública no resulta de aplicación, habida cuenta de la pretensión y de los efectos retroactivos que se solicitan; en segundo término, porque la jurisprudencia que citan se refiere a supuestos anteriores al RD-L 22/1977, de reforma de la legislación de funcionarios, y a la Ley 42/1979, de Presupuestos Generales del Estado para 1980, antes citadas; y, finalmente, porque, por todo lo dicho, no cabe aplicar el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 10 diciembre 1986.*)

7. *El respeto de los derechos adquiridos de carácter económico tiene un contenido limitado a la conservación global de las retribuciones consolidadas percibidas hasta el momento de que se trate. Lo contrario supondría la petrificación de la relación funcional en un momento dado «potestas variandi».*

«Esta Sala ha perfilado —como puntualiza la sentencia de 21 de octubre de 1985— el carácter económico de los derechos adquiridos con un contenido limitado a la conservación global de las retribuciones consolidadas percibidas hasta el momento de que se trate, sin que pueda aducirse frente a la *potestas variandi* de la Administración, con el límite que acaba de establecerse, el mantenimiento indefinido e incluso su actualización de determinadas situaciones, pues lo contrario supondría petrificar la relación funcional en un momento dado, impidiendo su desenvolvimiento a lo largo del tiempo, e ignorar la mutabilidad de las circunstancias que condicionan la actuación de la Administración. a) Porque se ha producido en el supuesto de autos, el respeto de dichos derechos adquiridos reconocidos en las disposiciones citadas, al respetarse los económicos que los recurrentes venían percibiendo y que, como precisa la sentencia de esta Sala de 9 de octubre de 1986, "se hicieron realidad en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de abril de 1982, cuya legalidad y regularidad no ha sido tan siquiera puesta en duda y en el que se declaraba aquel complemento absorbible por todas las mejoras de retribuciones básicas y complementarias, incluso las derivadas de cambio de puesto de trabajo y de establecimiento de nuevos conceptos retributivos, excepto las indemnizaciones, horas extraordinarias, gratificaciones especiales eventuales y del complemento de dedicación exclusiva no docente". Carácter absorbible que fue aceptado por los recurrentes al no haber sido combatido y que es el que ha dado lugar a la necesidad de dictar las reglas pertinentes para la práctica de las correspondientes liquidaciones contenidas en el acuerdo impugnado. b) Porque la lectura del punto 5 del referido Acuerdo pone de manifiesto que la reducción en el complemento de destino que hubiere podido producirse a los recurrentes lo fue como consecuencia de haber pasado éstos a realizar una dedicación menor a la que venían realizando, como resultado de las facultades que la Administración, dentro del régimen estatutario que rige la relación pública, está facultada para organizar y estructurar sus servicios con la condición de que sean respetadas su inamovilidad, la categoría profesional y la remuneración procedente. c) Porque no se da la infracción de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, dado que este precepto ha de entenderse referido, en todo o en parte, como recuerda la sentencia de 4 de febrero de 1986, a "los derechos fundamentales del Título I de la Constitución, como ha establecido el Tribunal Constitucional en sentencia 6/1983, de 4 de febrero", y entre dichos derechos no se cuentan los alegados por los recurrentes.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 10 diciembre 1986.*)

8. *Reconocimiento a los funcionarios de los servicios prestados antes de su integración en el Cuerpo. Suspensión temporal de los efectos de la Ley 12/79.*

«El recurso de apelación supone la devolución de la competencia para juzgar lo pretendido por las partes en primera instancia, por lo que el Tribunal superior ha de conocer de las cuestiones planteadas en la primera, mientras las partes no limiten de modo expreso aquellas a que exclusivamente ha de referirse la segunda instancia; por lo que, y al no haberse formulado alegación alguna por el apelante ante este Tribunal, han de ser decididas las cuestiones planteadas en la demanda, y si las mismas han sido resueltas de conformidad a Derecho en la sentencia recurrida.

Los fundamentos de ésta son aceptados íntegramente por su adecuación a Derecho y a los hechos a los que se aplican; la regulación de los servicios prestados por los funcionarios públicos previamente a su integración en los Cuerpos que les dan el carácter de tales, según el Real Decreto-ley 12/1979, de 3 de agosto, fueron temporalmente suspendidos por esa disposición legal, por lo que la disposición final de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, demostraron su eficacia y sólo entrarán en vigor el día primero de agosto de 1982; lo que se ratifica por el artículo único de la Ley 28/1980, de 10 de julio; como al recurrente se le reconocieron, a efectos de trienios, los servicios prestados como contratado con anterioridad a su integración en el Cuerpo a que pertenece, en aplicación del precepto legal contenido en la Ley 70/1978, en su disposición final, y con posterioridad a la vigencia del Real Decreto-ley 12/1979 y Ley 28/1980, el acuerdo municipal se atuvo a la regulación legal de que los efectos económicos de tal reconocimiento lo fueran desde el primero de agosto de 1982; y al ratificarlo así la sentencia recurrida, ha de ser confirmada y desestimada la apelación contra ella interpuesta.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 18 diciembre 1986.*)

#### IV. SITUACIONES

1. *Ilegalidad por infringir el principio de igualdad ante la ley de la Disposición Transitoria 4.ª, 3, RD 11 abril 1986, de situaciones administrativas, en cuanto exceptúa a los funcionarios docentes supernumerarios que prestaban servicios en las Universidades de Comillas y Navarra del régimen de transitoriedad que establece.*

«El artículo 29.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre reforma de la Función Pública, dispuso que "Quedan suprimidas las situaciones administrativas de excedencia especial y supernumerario, creándose la de servicios especiales", cuyos supuestos se prevén en el apartado 2 del propio artículo 29; y sin que, junto a tal situación de servicios especiales, se admita otra situación más que la de excedencia voluntaria. Consecuente con lo que antecede, la Disposición Transitoria 2.ª, 2, de la propia Ley añadió que "Los funcionarios que se encuentren en la situación administrativa de supernumerario a la entrada en vigor de esta Ley, pasarán a las situaciones de servicio activo o de servicios especiales y, en su caso, a la de servicios en Comunidades Autónomas, según se determine reglamentariamente. Cuando deban pasar a la situación de servicio activo y no existan vacantes en el Cuerpo o Escala de procedencia, podrán optar por pasar a la de excedencia voluntaria o la de permanecer en la de supernumerario hasta que se produzca vacante".

Resulta de tales preceptos legales, incuestionables en esta vía de revisión contencioso-administrativa, que a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/

1984 desapareció la situación administrativa de "supernumerario", que sólo se mantiene, optativa y transitoriamente, para el caso de que, debiendo pasar a la situación de activo, no existan vacantes en el Cuerpo o Escala de procedencia.

En desarrollo de las transcritas normas legales, la Disposición Transitoria cuarta del Real Decreto de 11 de abril de 1986, que aprobó el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración del Estado, refiriéndose al personal de los Cuerpos Docentes Universitarios en situación de supernumerario, prevé tres casos: 1) quienes se encuentren en tal situación por prestar servicios en una Universidad pública distinta de aquella en la que obtuvieron plazas; 2) quienes lo estén por prestar servicios en un Colegio Universitario adscrito, y 3) quienes se encuentren en tal situación por prestar servicios en la Universidad de Navarra o en la Universidad Pontificia de Comillas. A los comprendidos en los casos primero y segundo se les permite "transitoriamente" continuar en la situación de supernumerario hasta que obtengan plaza en una Universidad pública o, en otro caso, habrán de pasar a la situación de excedencia voluntaria. A los que se encuentren en situación de supernumerario por prestar servicios en las Universidades de Navarra y Comillas, se dispone que a la entrada en vigor del Real Decreto pasarán a la situación de excedencia voluntaria.

Interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo por los especiales cauces de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, citándose como infringido el artículo 14 de la Constitución, en cuanto consagra el principio de igualdad ante la ley, se hace necesario examinar si tal principio quiebra respecto al tratamiento que la Disposición Transitoria cuarta del Real Decreto de 11 de abril de 1986 da a los funcionarios de Cuerpos Docentes Universitarios que se hallarán en situación de supernumerario por prestar servicios en la Universidad de Navarra.

Ante todo, hay que señalar que los tres supuestos que comprende la citada Disposición Transitoria tienen unos elementos comunes y otros diferenciadores. Entre los primeros, se trata siempre: *a)* de funcionarios públicos; *b)* pertenecientes a Cuerpos Docentes Universitarios, y *c)* que a la entrada en vigor del Real Decreto se encuentren en situación de supernumerario. Entre las diferencias, sólo destaca el Centro Docente Universitario en que se encuentran prestando sus servicios. Sin embargo, tal elemento diferenciador tiene un singular relieve: mientras que quienes prestan servicios en los Centros a que se refieren los párrafos 1 y 2 pueden llegar a hacerlo en ellos en situación de activo, no ocurre otro tanto respecto a quienes se encuentran en el caso comprendido en el apartado 3. Lo expuesto hace que, aun cuando pueda hablarse de igualdad de situaciones, no pueda establecerse la identidad entre los casos, lo que obliga a examinar el cumplimiento o violación del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución en términos teleológicos o finalistas. Resulta, así, que quienes se hallan en los casos primero y segundo está justificado que transitoriamente puedan seguir en situación de supernumerario hasta que tengan vacante, para desempeñar en activo en el Centro que sirven, hecho futuro y posible; sin embargo, tal transitoriedad en la situación de supernumerario no se daría en quienes prestan servicio en la Universidad de Navarra, donde, por su naturaleza, no pueden existir plazas a desempeñar como funcionarios en activo de Cuerpos Docentes Universitarios. Desde la perspectiva expuesta, no puede, por tanto, admitirse la violación del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Ahora bien, los funcionarios de Cuerpos Docentes Universitarios en situación de supernumerario por prestar servicios en la Universidad de Navarra, como son los recurrentes, han sido discriminados por la disposición que se impugna, respecto al derecho de igualdad ante la ley, en la medida que, al imponerles el pase a la situación de excedencia voluntaria, se les niega el derecho transitorio a la situación de supernumerario, prestando servicios en ella hasta tanto exista vacante en el Cuerpo o Escala de origen. De esta for-

ma, tales funcionarios deberían poder optar por la vuelta al servicio activo o por la excedencia voluntaria, y, en el primer caso, si no existiere vacante en el Cuerpo o Escala de procedencia, el principio de igualdad demanda que se les permita continuar, transitoriamente, en situación de supernumerario, hasta que aquella vacante exista. Lo precedente coincide con el primer párrafo de la Disposición Transitoria cuarta, en cuanto dispone que "Los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios que a la entrada en vigor del presente Real Decreto se encuentren en la situación de supernumerarios, seguirán el régimen establecido, con carácter general...", lo que para nada conculca la igualdad ante la ley, que, por contra, se produce en la excepción que contiene el apartado 3 de la misma, por las razones antes expuestas.

Con arreglo al artículo 10.3 de la Ley 62/1978 y los artículos 131 y concordantes de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, no ha lugar a hacer pronunciamiento respecto al pago de las costas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 24 noviembre 1986.*)

## V. INCOMPATIBILIDADES

1. *Las incompatibilidades de los miembros de los Colegios Profesionales «implican, sin duda, restricciones del derecho al trabajo que contrarían el principio de libertad formulado en los artículos 35 y 36 en relación con el 56.1 de la Constitución, los que, en consecuencia, establecen la necesidad de que estas limitaciones se dispongan por ley de modo que los Colegios no son definidores del régimen de incompatibilidades, sino que meramente han de aplicar el sistema prescrito en el Ordenamiento».*

*Considerandos de la sentencia apelada:*

«El debatido problema de las incompatibilidades de los Arquitectos en el ejercicio de su profesión libre ante una posible colisión de su interés personal con el público, planteado siempre desde la óptica del arquitecto funcionario, ofrece en el presente supuesto la peculiaridad de que la pretendida incompatibilidad no deriva de su cualidad funcional, sino de la redacción que, como profesional libre, haya podido hacer por encargo de un Municipio de sus Planes de Ordenación urbana, y cuyo fundamento se encuentra, según los Colegios de Arquitectos, que la han establecido, en una posible competencia desleal respecto a los Colegiados que no intervinieron en el Plan; todo lo cual, prescindiendo de la justificación racional de la incompatibilidad, reduce el problema al tema de la capacidad normativa de los Colegios en la materia estrictamente profesional y, por tanto, de su innegable competencia de la tutela de la dignidad y ética profesional y de la defensa de los intereses personales de los colegiados ajenos a la redacción del Plan.

Aun cuando este planteamiento, exclusivamente profesional, parezca llevar a la aceptación de la tesis colegial —arts. 1.3, 5.i) y k), 9.1.a) Ley 2/74, de Colegios Profesionales, de 13 de febrero; 3.1 Estatuto de los Colegios Oficiales de Arquitectos de España, aprobado por Decreto de 13 de junio de 1931; 25 de las Normas Deontológicas Profesionales, aprobadas en 22 de noviembre de 1971—, no podemos olvidar, de una parte, que *tal incompatibilidad supone una restricción en el ejercicio de una profesión en principio libre, limitativa del derecho al trabajo de rango fundamental, según el artículo 35 de la Constitución, y que conforme al artículo 36 debe regularse por Ley de los peculiares supuestos de profesiones colegiadas, y, de otro, que la potestad legislativa es exclusiva (art. 66.2 de la Constitución) de las Cortes Generales, tal como la doctrina del Tribunal Supremo ha venido proclamando en sus pronunciamientos sobre incompatibilidades de estos profesionales.* Así, en sentencia de 2 de febrero de 1978, partiendo de una situación fáctica (arquitectos con

desempeño de funciones públicas o al servicio de la Administración Pública) y jurídica diferente (vigentes las Leyes Fundamentales), y aun aceptando los considerandos de la sentencia apelada, que reconocía (considerando 1.º) la facultad colegial de establecer nuevas incompatibilidades siempre que su establecimiento se hiciera por el órgano competente y no supusieran la violación de una norma superior, fundamenta su fallo confirmatorio del acuerdo impugnado (considerando 3.º) en que su contenido "patentiza que no se trata de establecer un régimen de incompatibilidades ni de regular o establecer causas de incompatibilidad del ejercicio de funciones públicas, ni siquiera de la profesión de Arquitecto...", al ser su objeto "el de regular el procedimiento de concesión del visado colegial"; interpretación que se mantiene y acentúa tras la publicación de la Constitución de 1978, tal como el Tribunal Constitucional ha declarado en su sentencia de 20 de febrero de 1984, que, aun referida a un supuesto distinto, dice que *la Constitución, al remitir en su artículo 36 a la Ley de regulación en sus peculiaridades propias, "no las configura directamente como Corporaciones de Derecho Público ni les atribuye funciones relativas al ejercicio de las profesiones, limitándose a señalar, al igual que sucede con los Partidos Políticos, Sindicatos y Organizaciones Empresariales (arts. 6 y 7), que la estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos"*, pronunciándose en este sentido la más reciente doctrina del Tribunal Supremo —SS de 23 de enero y 11 de julio de 1984, la primera dictada en un supuesto de declaración de incompatibilidades de Arquitectos con la condición de Alcalde o Concejal, y la segunda en un caso normal de "áreas de coincidencia" de Aparejadores Municipales—, de la que pueden extraerse principios generales sin duda aplicables al específico supuesto de este recurso, al declarar la sentencia de 23 de enero que *la función de velar por la "ética y dignidad profesional..." debe quedar subordinada no sólo al "derecho constitucional de participación en las funciones públicas de carácter representativo, sino al también reconocido constitucionalmente del derecho al trabajo", a lo que añade que la cuestión planteada en el recurso —"Concretamente la de determinar si tal incompatibilidad puede ser establecida como de naturaleza deontológica"— por el correspondiente Colegio Profesional, al amparo del artículo 5.c) de la Ley de Colegios Profesionales, ha de ser resuelta en sentido negativo atendiendo a lo preceptuado en el artículo 36 de la Constitución, conforme al cual sólo por ley cabe regular el ejercicio de las profesiones colegiadas (entre las que se encuentra la de Arquitectos), siendo manifiesta la trascendencia que en dicho ejercicio producen las situaciones de incompatibilidades que, en consecuencia, únicamente por ley pueden establecerse; citando la dc 11 de julio a la de 3 de octubre de 1983, que en relación con el visado de Proyectos de Aparejadores y Arquitectos Técnicos la admitió por constar que no se estaba "...en presencia del establecimiento de una nueva incompatibilidad para el ejercicio de su profesión —extremo éste, dice, que escaparía de su competencia con arreglo a lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Colegios Profesionales—, sino en la aplicación concreta de una incompatibilidad legal existente".*

Por lo expuesto, sin necesidad de entrar en el problema planteado de la exégesis de unos acuerdos que debe estimarse infringen el ordenamiento jurídico, procede la estimación de la demanda, sin que de lo actuado aparezcan motivos suficientes para estimar concurre temeridad o mala fe a los efectos de imposición de costas procesales.

Se aceptan los considerandos de la sentencia apelada.

Según destaca el propio Consejo litigante en sus alegaciones ante esta Sala, el problema primordial de la litis, decisivo si se resolviera en contra de su tesis, es el concerniente a la potestad de los Colegios Profesionales para determinar las incompatibilidades que puedan afectar a sus miembros, de acuerdo con las facultades que a aquéllos confiere el artículo 5.i) de la Ley de 13 de febrero de 1974, modificada el 26 de diciembre de 1978, para ordenar la práctica de las respectivas profesiones y velar por la ética y dignidad de las mismas.

Como razona la sentencia recurrida, *tales incompatibilidades implican, sin duda, restricciones del derecho al trabajo que contrarían el principio de libertad formulado en los artículos 35 y 36 en relación con el 56.1 de la Constitución, los que, en consecuencia, establecen la necesidad de que estas limitaciones se dispongan por Ley, reservando a las normas de esta naturaleza la regulación del ejercicio del referido derecho fundamental y de las profesiones tituladas, de modo que, como dice la sentencia de 20 de diciembre de 1984, los Colegios no son definidores del régimen de incompatibilidades, sino que meramente han de aplicar el sistema prescrito en el ordenamiento, contrayendo su actividad al respecto al control de la observancia de aquél, pero sin crear nuevas incompatibilidades, lo que excedería de su competencia y supondría la invasión de facultades legislativas, según expresa la sentencia de 11 de julio de 1984.*

Sentado lo expuesto, sería superfluo examinar si las circunstancias particulares del caso justificarían de por sí la estimación de la pretensión del actor, en el evento de que no se aceptara la doctrina relacionada; por lo que procede confirmar el fallo recurrido, sin especial declaración en cuanto a las costas de la segunda instancia.» (*Sentencia de la Sala 4.º, 29 septiembre 1986.*)

2. *A la vista de los artículos 9 y 14 Ley 53/84 y del apartado 1.º de la Orden de 9 de mayo de 1985, debe entenderse que el Secretario de Estado ejerce funciones delegadas del Ministro.*

«El Auto apelado declaró la inadmisibilidad del recurso con base en el artículo 6.1 del Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, en relación con los 10.1.b) y c) y 14.A).b) y c) de la Ley de esta Jurisdicción, y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 62.1.a) y 82.a) en relación con el 71 de esta última Ley, por entender que era inequívoca y manifiesta la incompetencia de la Sala de instancia para conocer del recurso interpuesto contra una resolución dictada, por delegación del Ministro, en materia de personal, ya que, dada la delegación que se ejercitaba, tal resolución debe considerarse dictada por el propio Ministro delegante; y frente a ello, el apelante alega: A) Que dicho Auto infringe los artículos 8.2, 62, 71 y 72 de la Ley Jurisdiccional y el 24 de la Constitución, al haber sido dictado sin previa audiencia del recurrente. B) Que aunque la resolución objeto de recurso y la Orden de 9 de mayo de 1985 hablan de delegación, en realidad ésta no existió, puesto que la competencia para resolver no correspondía al Ministro, sino al Secretario, sin necesidad de delegación, pues no estaba atribuida por los artículos 9 y 14 de la Ley 53/84, de incompatibilidades, al Ministro, sino al "Ministerio", y de los artículos 4 de la Ley 30/84 y 1, 2, 3, 4 y 6 del Real Decreto 2169/84 resulta ser el Secretario (y no el Ministro) el competente para resolver en los casos de los artículos 9 y 14 de la Ley 53/84, y C) Que, en todo caso, dichas resoluciones constituyen actos dictados en ejercicio de función fiscalizadora sobre órganos cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional, y, por tanto, para el conocimiento de los recursos interpuestos contra ellas es competente la Audiencia Territorial, y no la Nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1.c) de la Ley Jurisdiccional.

La primera de estas alegaciones (A) no puede conducir a la nulidad de actuaciones, ya que, expuestas por el apelante las razones en que se basa su disconformidad con el Auto apelado, sería contrario al principio de economía procesal y a los propios intereses del apelante retrotraer las actuaciones a la primera instancia; esta Sala puede, y debe, decidir la cuestión controvertida, ahorrando trámites y tiempo.

La tercera alegación (C) tampoco puede ser tenida en cuenta, por ser evidente que las resoluciones declaratorias de incompatibilidad no suponen el ejercicio de la función fiscalizadora a que el apelante se refiere.

Queda por examinar la segunda alegación (B), fundada en la utilización

de la palabra "Ministerio" (y no "Ministro") en los artículos 9 y 14 de la Ley 53/1984 y en el apartado primero de la Orden de 9 de mayo de 1985. Tal imprecisión puede, en efecto, provocar dudas acerca de si dicha Orden, en su apartado primero, confiere al Secretario una verdadera delegación o no; pero en el caso presente no parece posible coincidir con el apelante en que tales dudas hayan de resolverse en el sentido que él pretende, porque también es muy dudoso que las facultades de que se trata puedan entenderse atribuidas al Secretario, en virtud de las normas que el apelante cita o de cualesquiera otras normas anteriores a la Orden Ministerial de 9 de mayo de 1985, y diciendo ésta en su apartado primero que tales facultades quedan delegadas en dicho Secretario, parece adecuado concluir que, en efecto, éste, al dictar las resoluciones a que se refieren los artículos 4 y 9 de la Ley 53/1984, lo hace en ejercicio de facultades delegadas por el Ministro; y en apoyo de tal conclusión puede citarse también la Orden de 31 de julio de 1986, dictada después de la creación del nuevo Ministerio para las Administraciones Públicas, en la que el titular de dicho Ministerio delega en el Secretario de Estado para la Administración Pública las facultades de resolución a que se refieren los artículos 9 y 14 de la Ley 53/1984.» (*Auto de 7 noviembre 1986.*)

3. *Incompatibilidades. Letrado del Estado. Derecho de igualdad. Derecho al ejercicio de la abogacía siempre que en el ejercicio privado no se intervenga en asuntos en que el Estado sea parte y con salvaguarda del horario exigido en el puesto funcional que desempeña con dedicación normal, no exclusiva ni plena.*

«Como ha declarado con reiteración el Tribunal Constitucional, la igualdad es un valor preeminente en el ordenamiento jurídico español, al que debe colocarse en un rango central, según dispone el artículo 1.1 de la Constitución —sentencias de 22 y 23 de noviembre de 1983 y 21 de enero de 1986—, y en conexión directa con el referido valor superior y central, el artículo 14 de la Primera Norma del Estado establece el principio de igualdad jurídica o igualdad de los españoles ante la ley, que constituye, por imperativo constitucional, un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratado jurídicamente de forma o manera diferente a quienes se encuentran en su misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato, determinando ello el deber de todos los poderes públicos de procurar la igualdad real; confiere a todos los españoles, por consiguiente, el derecho fundamental del artículo 14, el no soportar un perjuicio, o una falta de beneficio, desigual o injustificada en razón de los criterios jurídicos por los que se guía la actuación de los poderes públicos, como se declara en la ya citada sentencia de 21 de enero de 1986, criterios jurídicos normativos tanto por lo que se contiene en las normas jurídicas como por los criterios jurídicos que se adopten en aplicación de tales normas, ya que la igualdad del artículo 14, y según se ha establecido también reiteradamente por el Tribunal Constitucional, lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley.

Aunque este Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre la incompatibilidad declarada por la Administración de un funcionario del entonces denominado Cuerpo de Abogados del Estado —sentencias de 5 y 9 de junio de 1984—, admitiendo que dicha incompatibilidad con el ejercicio privado de la abogacía no vulneraba entonces el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, cierto es que ello devenía obligado como consecuencia de que la desigualdad allí alegada no se producía como resultado de un tratamiento diferente de los recurrentes en los procesos resueltos en las precitadas sentencias, respecto de otros funcionarios que estuvieran en situación igual a la suya, ya que esta presunta situación igual no se daba entonces con las otras disciplinas funcionariales aludidas por dichos recu-



rrentes. Sin embargo, obligado resulta reconocer que, en la actualidad, han variado fundamentalmente las circunstancias, y que, en consecuencia, al crearse por imperativo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el nuevo Cuerpo Superior de Letrados del Estado, que, como se establece en dicha Ley y en el artículo 1.º del Real Decreto 849/1985, de 5 de junio, que desarrolla el apartado 1.4 de la Disposición Adicional novena de la Ley 30/1984, se forma con los funcionarios de los Cuerpos, en el nuevo integrados, de Abogados del Estado, Técnicos de Letrados del Ministerio de Justicia, Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado y Letrados del Consejo de Estado, y haberse, además, dictado en el momento en que se planteó y resolvió este proceso, la Ley 53/1984, de 26 de septiembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, todo este nuevo conjunto normativo, insistentes, es determinante de una situación funcional muy distinta de la contemplada en las anteriormente aludidas sentencias de 5 y 9 de junio de 1984, toda vez que, al aparecer acreditado en el presente caso, según certificación de la Secretaría General del Consejo de Estado, que los antiguos Letrados del mencionado Consejo a quienes se concedió compatibilidad con el ejercicio privado de la Abogacía, compatibilidades otorgadas al amparo de la Ley 20/1982, de 9 de junio, siguen teniendo vigencia en este momento, aun después de su integración en el Cuerpo Superior de Letrados del Estado, por entenderse que la Ley de Incompatibilidades 53/84, de 26 de septiembre, no altera la efectividad de las aludidas compatibilidades, es indudable que al pertenecer el hoy apelante al mismo Cuerpo funcional que los últimamente aludidos, no puede ya denegársele la compatibilidad por el mismo solicitada, ya que lo contrario supondría una clara y evidente vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, que, correctamente aplicado, exige la absoluta prohibición de un trato diferente a quienes se encuentran en la misma situación, tal como ocurre en la actualidad con la situación funcional del recurrente y de los antiguos Letrados del Consejo de Estado, por lo que debe accederse a la compatibilidad interesada por el apelante, siempre con la condición de que en el ejercicio privado de la abogacía no se intervenga en asuntos en que el Estado sea parte y con salvaguardia del horario exigido a aquél en el puesto funcional que desempeñe con dedicación Normal, no Exclusiva ni Plena.

En consecuencia con cuanto ha quedado expuesto, procede la estimación de la presente apelación y la revocación de la sentencia en la misma recurrida, debiéndose por ello estimar igualmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el hoy apelante contra la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda notificada el 6 de julio de 1984, que denegó a aquél la compatibilidad por el mismo solicitada, resolución que debemos anular por ser contraria a Derecho, y, en su lugar, declaramos que debe concederse la mencionada compatibilidad para el ejercicio privado de la abogacía, con la prohibición de desarrollarla en asuntos en que el Estado sea parte y siempre con salvaguardia del horario que tuviere el apelante como funcionario, declaración de estimación del recurso que, por lo expuesto, no lo es en su totalidad, al haberse condicionado en los términos señalados la compatibilidad que acordamos, por lo que no es preciso hacer especial declaración sobre costas, en cuanto a las de ambas instancias se refiere, al no darse las circunstancias del artículo 10.3 de la Ley 62/78.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 19 noviembre 1986.*)

**4. Incompatibilidades. Arquitectos funcionarios. Límites de la reserva de Ley. Legalidad del RD 598/85. La potestad que atribuye a la Administración el artículo 12 es estrictamente reglada.**

«Los artículos 11.7 y 12 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, publicado en desarrollo de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades

del personal al servicio de las Administraciones Públicas, son impugnados por la Federación de Asociaciones de Arquitectos Funcionarios de la Administración del Estado básicamente porque, a juicio de ésta, en esos dos artículos del Real Decreto recurrido va más allá de lo que la Ley permite y, con el pretexto de desarrollarla, dispone lo que ésta no quiere ni autoriza, conculcándola en perjuicio de los Arquitectos integrados en la Federación recurrente. Además de esta pretensión, dirigida a obtener la nulidad de los preceptos citados, se pretende también por la actora que el artículo 15.2 del propio Real Decreto 598/1985 se aclare por la Administración en el sentido que resulta de lo que se expone en el último de los fundamentos de derecho de la demanda.

La nueva regulación del sistema de incompatibilidades en la función pública representada por la Ley 53/1984 parte, entre otros, del principio de que el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en su ámbito de aplicación es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia. Este principio, proclamado en el artículo 1.3, es objeto de desarrollo, por lo que respecta a las actividades privadas de los funcionarios, en los artículos 11.2 y 12 de la propia Ley, autorizándose al Gobierno, en el apartado 2 del artículo 11, para determinar, con carácter general, las funciones, puestos o colectivos del sector público incompatibles con determinadas profesiones o actividades privadas que puedan comprometer la imparcialidad o independencia del personal de que se trate, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o perjudicar los intereses generales. Por otro lado, la Ley 53/1984, en su Disposición Adicional sexta, atribuye al Gobierno (y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas por el carácter básico de sus preceptos) competencia para dictar las normas precisas para la ejecución de dicha Ley.

Esta técnica remisoras de la Ley al Reglamento no es incompatible con la reserva material de ley. La inclusión de una materia en el principio de reserva de ley —y esto ocurre con el sistema de incompatibilidades de los funcionarios públicos a tenor del art. 103.3 de la Constitución— no exige que la Ley deba agotar su regulación, sólo que debe abordar por sí misma, y no a través de una norma secundaria, el núcleo esencial de dicha regulación. Pero una vez establecidos los criterios básicos nada impide que la Ley llame al Reglamento para completar la ordenación establecida por aquélla.

Sentadas estas ideas preliminares es posible afirmar que ninguna tacha puede oponerse, en principio, a que el Gobierno, haciendo uso de unas expresiones remisiones normativas, haya regulado aspectos relacionados con el sistema de incompatibilidades diseñado por la Ley 53/1984. El problema es si al efectuar el desarrollo reglamentario de esta Ley, y concretamente al dictar los preceptos combatidos, su actuación normativa se ha ajustado a los límites de la autorización legislativa —límites cuya constitucionalidad no se discute— o si éstos han sido rebasados incidiendo en el Real Decreto recurrido en el núcleo esencial del régimen de incompatibilidades reservado por la Constitución a la Ley.

Analizaremos, en primer lugar, el artículo 11.7, que, como es sabido, dispone que no podrá reconocerse compatibilidad, en lo que ahora interesa, a los Arquitectos para la actividad privada de dirección de obra.

No parece que pueda sostenerse con éxito que este precepto desborda los límites formales señalados en el artículo 11.2 de la Ley para su desarrollo reglamentario. Determinar, aunque sea con carácter general, los colectivos del sector público incompatibles con determinadas actividades privadas comporta necesariamente precisar qué colectivos y qué concretas actividades se consideran incompatibles porque pueden comprometer la imparcialidad o independencia de los mismos, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o perjudicar los intereses generales. Esto es precisamente lo que hace el precepto en cuestión, que no puede tacharse de discriminatorio

para los Arquitectos (ni para los Ingenieros), pues comprende en su ámbito no sólo a ellos, sino también a los demás titulados e incluso al resto del personal incluido en el ámbito de aplicación del Real Decreto 598/1985 respecto de toda actividad —no sólo de dirección de obra o de explotación— que pueda suponer coincidencia de horario, aunque sea esporádica, con su actividad en el sector público.

Cuestión no tan diáfana es la relativa al encuadramiento de la actividad de dirección de obra dentro de los límites materiales de la remisión normativa contenida en el artículo 11.2 de la Ley. No parece que como consecuencia del ejercicio de esta actividad privada, en sí misma considerada y al margen de otros factores, pueda ponerse en riesgo la imparcialidad o independencia de los Arquitectos funcionarios. Cuando una concreta actividad de esta índole pueda poner en peligro tales valores superiores, la incompatibilidad para su ejercicio se encuentra asegurada por los mecanismos legales y reglamentarios previstos, entre otros, en los artículos 11.1 y 12.1.a) de la Ley y 11.6 del Real Decreto 598/1985. Ahora bien, la norma legal habilitante extiende la autorización a aquellos otros casos en que el ejercicio de la profesión o actividad privada pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes del personal de que se trata o perjudicar los intereses generales. Una interpretación meramente textual del artículo 11.7 es bastante para descubrir que el deber funcional que el Gobierno ha sopesado para determinar la incompatibilidad que nos ocupa, dentro del marco legal de la norma de remisión, es el deber estatutario de respetar la jornada de trabajo que, como deber general, obliga a todos los funcionarios —art. 78 de la Ley Articulada de 7 de febrero de 1964—, por entender que la actividad privada de dirección de obra pueda suponer coincidencia de horario, aunque sea esporádica, con la actividad del Arquitecto funcionario en el sector público.

El problema planteado por la Federación recurrente no se resuelve apelando al artículo 14 de la Ley, a cuyo tenor "los reconocimientos de compatibilidad no podrán modificar la jornada de trabajo y horario del interesado...", porque el destinatario genuino de este mandato es la propia Administración. Mediante esta norma se trata de asegurar, en aras de la indemnidad del servicio público, que ningún órgano administrativo pueda modificar la jornada y el horario de trabajo con ocasión de un reconocimiento de compatibilidad.

El único precepto que arroja luz para resolver la cuestión debatida es el artículo 3.º del Decreto 462/1971, de 11 de marzo, nuevamente redactado por Real Decreto 129/1985, de 23 de enero. En este artículo, después de definirse la actividad de dirección técnica de las obras en todos sus aspectos, se señala, como función esencial de los Técnicos Directores de la Obra, la de velar por la adecuación de la edificación en construcción al Proyecto, debiendo, a tal efecto, hacer las comprobaciones oportunas del mismo e impartir al constructor las instrucciones precisas. En consecuencia —se dice en su último inciso—, tendrán obligación de asistir a la obra cuantas veces fuese necesario de acuerdo con la naturaleza y complejidad de la misma. Una interpretación atenta al espíritu y finalidad de esta norma (art. 3.º del Código Civil), e incluso una hermenéutica gramatical de la misma, nos descubre que se trata de una actividad que entraña una actividad vigilante por parte del Técnico Director de la Obra que, aunque no requiera la permanente presencia del Arquitecto en la obra, comporta la necesidad de asistir a ella cuantas veces fuere necesario para hacer las comprobaciones oportunas e impartir al constructor las instrucciones precisas. Ordinariamente, la dirección de obra no demandará la urgente presencia del Técnico Director, urgencia que, desde luego, no puede descartarse, pero no es en función de esta circunstancia como debe plantearse el problema de la legalidad del artículo 11.7. La obligación de asistencia a la obra "cuantas veces fuese necesario", en función de la naturaleza y complejidad de la misma, es consecuencia de la necesidad de "velar" por la adecuación de la edificación en construcción al Proyecto, y ello exige —lo dice el art. 3.º del Decreto 462/1971, en su nueva redacción—

efectuar las comprobaciones oportunas del mismo e impartir al constructor las instrucciones precisas, oportunidad que en su dimensión temporal puede exigir la presencia del Arquitecto en la obra en cualquier momento —en el momento oportuno— y, por tanto, coincidente con el horario de trabajo en la Administración. Por consiguiente, debe concluirse que, desde el ángulo de la legalidad, que es el único que nos concierne, la disponibilidad que supone la actividad de dirección de obra puede entrar en colisión, aunque sea esporádica, con el horario de trabajo del Arquitecto funcionario, y estando, como vimos, habilitado el Gobierno para determinar por vía reglamentaria los colectivos de funcionarios incompatibles con determinadas actividades privadas que puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes, el artículo 11.7 del Real Decreto 598/1985 no puede tacharse de ilegal por no desbordar los límites establecidos en el artículo 11.2 de la Ley 53/1984.

A esta conclusión no puede oponerse el alegato de que la incompatibilidad para la dirección de obra se convierte en una incompatibilidad completa como consecuencia de los recargos previstos en el Real Decreto 2512/1977 para el caso de que el encargo se limite a una parte de la totalidad del trabajo, porque un encarecimiento para el cliente del 16 por 100 en trabajos de edificación podrá situar a los Arquitectos funcionarios en condiciones inferiores de competitividad en el sector privado respecto a los restantes profesionales de la Arquitectura, pero no puede sostenerse que cierre toda posibilidad de concurrencia en el mercado profesional, no sólo porque la existencia de dos tarifaciones en misión completa y misión parcial es reveladora de la normalidad de este sistema, sino también porque existen otros trabajos profesionales en los que la incompatibilidad para la dirección de obra es irrelevante (redacción de planes en materia de urbanismo, deslindes, replanteos, mediciones, tasaciones, informes, peritaciones, etc.). El efecto desfavorable denunciado por la recurrente podría justificar una modificación tarifaria —como, al parecer, reconoce el propio Consejo de Ministros al resolver el recurso de reposición—, pero no permite a este Tribunal, vinculado por el principio de legalidad en el control de la potestad reglamentaria, declarar la nulidad de un precepto que se ajusta a los límites establecidos por la norma legal habilitante.

El artículo 12 del Real Decreto tantas veces citado, que es el segundo de los preceptos impugnados, ha sido ya enjuiciado por este Tribunal con motivo de otro recurso directo deducido por el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos Industriales e Ingenieros Técnicos Industriales. Como entonces dijimos —sentencia de 21 de octubre de 1986— y reiteramos ahora, el previo reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de actividades profesionales fuera de las Administraciones Públicas, exigido por el artículo 16 de la Ley 53/1984, no resulta vulnerado por el establecimiento de un mecanismo complementario de control que tiene por objeto asegurar que cuando se trata de trabajos profesionales que han de surtir efectos a la esfera administrativa —proyectos o trabajos técnicos que requieran licencia, resolución administrativa o visado colegial— que en todo caso incólume el principio proclamado en el artículo 1.3 de la Ley y desarrollado en el 11.1 de ésta y en el artículo 11 del propio Real Decreto 598/1985, singularmente en su apartado 6, cuando se trata de Arquitectos, Ingenieros u otros titulados.

El reconocimiento específico de compatibilidad previsto en el artículo 12 es fruto de la habilitación otorgada al Gobierno en la Disposición Adicional sexta de la Ley 53/1984 para dictar las normas precisas para su ejecución, no afecta al núcleo esencial del sistema de incompatibilidades regulado en la misma y constituye un complemento necesario para asegurar la efectividad de aquéllas cuando se trata de trabajos profesionales relacionados con la actividad administrativa.

Tampoco puede sostenerse que somete el ejercicio profesional, en cada caso concreto, a una decisión administrativa de carácter discrecional, porque, además de venir su ámbito delimitado, la potestad que atribuye a la Administración es estrictamente reglada. El reconocimiento específico de compa-

tibilidad previsto en el artículo 12 únicamente podrá denegarse si queda debidamente acreditado que el proyecto o trabajo técnico de que se trate no puede ser asumido por encontrarse incurso el peticionario en alguna de las incompatibilidades legal o reglamentariamente previstas, corriendo la Administración, si no fuera así, con la responsabilidad patrimonial subsiguiente por los posibles perjuicios sufridos por el peticionario a consecuencia del ilegal proceder de aquélla, tanto en el caso de que el reconocimiento fuere denegado arbitrariamente como si su otorgamiento tiene lugar tardíamente, es decir, transcurrido el plazo de un mes señalado en el precepto que analizamos, en el que la Administración deberá resolver sin necesidad de propuesta del Departamento afectado, plazo que trata de conjugar el interés particular del funcionario en obtener una pronta respuesta y el interés general que demanda disponer del tiempo necesario para efectuar un control eficaz.

Finalmente, no puede aceptarse que se produzca una discriminación respecto a otros funcionarios, pues concurriendo los supuestos de hecho previstos en el artículo 12, la necesidad de completar el reconocimiento general de compatibilidad con otro específico obliga a todos los posibles destinatarios de aquél (Arquitectos, Ingenieros u otros titulados). Lo mismo debe decirse respecto a la alegada infracción del principio de presunción de inocencia, que llevada a los términos que en la demanda se exponen, y que no podemos compartir por entrañar una extrapolación improcedente del artículo 24 de la Constitución, podría incluso invocarse frente al reconocimiento general de compatibilidad, cuya legitimidad no pone en duda la Federación recurrente. Y en cuanto a las sentencias de las Audiencias Territoriales que se invocan en la demanda (la del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1984 se refiere a un supuesto de compatibilidad de un Letrado funcionario con el ejercicio de la Abogacía), debe tenerse en cuenta que fueron dictadas en virtud de actos singulares anteriores a la Ley 53/1984 y que esta Ley, aunque esté inspirada en principios sustancialmente iguales a los que informaron la de 9 de junio de 1982, profundiza más en el régimen de incompatibilidades y apodera al Gobierno para complementarla, de cuya autorización es fruto el Real Decreto recurrido.

Nos referimos, por último, a la pretensión dirigida a obtener una declaración, con fuerza de pronunciamiento judicial, para que la Administración aclare, en el sentido propugnado en la demanda, el artículo 15.2 del Real Decreto 598/1985. Basta su mero planteamiento, al margen de las razones que se vierten en apoyo de la tesis defendida por la recurrente, para que no quepa otra alternativa que su desestimación, pues se trata de una pretensión que excede del marco establecido por los artículos 41 y 42 de la Ley de esta Jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 18 diciembre 1986.*)

## VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

### 1. *Legalidad de la privación de percepción de haberes a Secretario de Administración Local, suspenso de empleo y sueldo, que quebrantó el deber de residencia, encontrándose en ignorado paradero.*

«La sentencia de primera instancia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de don Juan de J. y P., declarando que no vulnera derecho fundamental de la persona la resolución recurrida de la Alcaldía del Ayuntamiento de Ciudadela, de Menorca, de fecha 19 de marzo de 1986, por la que se resuelve que el actor, Secretario titular de dicho Ayuntamiento en situación de suspensión preventiva de empleo y sueldo, no perciba haber alguno de esa Corporación por quebrantar ostensiblemente el deber de residencia exigida por el artículo 127.4 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local.

La sentencia apelada llega a la anterior conclusión en razón a que, según el artículo 105.e) de la Constitución, el trámite de audiencia no es preceptivo para todos los procedimientos, sino "cuando proceda", determinando su falta simple anulabilidad si produce indefensión, lo que no acaece cuando los interesados han podido acudir al recurso de reposición y después al contencioso-administrativo y han tenido oportunidad de alegar en ellos lo que entienden convenientemente a sus intereses.

Frente a ello, la parte apelante sostiene que se ha vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución, al haberse omitido la audiencia al interesado, con la consiguiente indefensión.

La medida cautelar de suspensión administrativa preventiva, adoptada como aneja a un procedimiento disciplinario, delineada en los artículos 116 y 125 al 128 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952, atribuye al Alcalde de los Ayuntamientos una modalidad decisoria informada de un cierto margen de discrecionalidad, que se hace radicar en la apreciación personal de la concurrencia de circunstancias plasmadas en el citado artículo 116, como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1980; ahora bien, no puede olvidarse que la suspensión preventiva es una medida precautoria y de excepción, por lo que sólo excepcionalmente debe ser adoptada, lo que impide convertirla en norma general e inseparable de todo expediente administrativo, y, por tanto, para acomodar ese acto a la legalidad se exige que esté suficientemente motivado.

La sentencia de primera instancia rechaza la pretensión del recurrente, hoy apelante, por las siguientes razones: a) El artículo 127.4 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local "dispone que el suspenso administrativamente... quedará sujeto al deber de residencia. Mientras quebrantare éste o se hallare en ignorado paradero, no percibirá haber". Esta última medida no es más que una prolongación o complemento en su caso de la básica, de la que administrativamente trae causa y que nace cuando se da su presupuesto fáctico —quebrantamiento de residencia—, y si la medida básica no vulnera la presunción de inocencia, según dice el Tribunal Constitucional en sentencia de 26 de noviembre de 1984, tampoco puede vulnerarla la medida de privación de haber, que es prolongación y consecuencia de aquella básica. b) El trámite de audiencia no es preceptivo para todos los procedimientos, según el artículo 105 de la Constitución, determinando su falta simple anulabilidad cuando produce indefensión, lo que no acaece cuando los interesados han podido acudir al recurso de reposición y después al contencioso-administrativo, en los que han tenido oportunidad de defender sus intereses.

La medida recurrida es diferente por su característica de la que trae causa, ya que en la privación del haber no concurre aquel matiz o margen de discrecionalidad, sino aplicación simple y pura en cuanto el suspenso quebrantare el deber de residencia o se hallare en ignorado paradero; pero esta comprobación exige un juicio de valor respecto a la voluntad o intencionalidad quebrantadora, y tal comprobación ha sido la adecuada y razonable, pues el acuerdo se ha tomado después de transcurrir veintiún días de acreditarse que el señor J. y P. abandona la isla de Menorca, sin hacer comunicación alguna al Ayuntamiento de Ciudadela, con diversos intentos por parte de este organismo de puestas en contacto con el recurrente pretendiendo notificarle determinadas resoluciones, incluso con gestiones directas con su suegra, que fue localizada por dos veces. Por tanto, nos encontramos con las dos situaciones tenidas en cuenta en el artículo 127.4 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, pues el declarado suspenso preventivo ha marchado de la isla de Menorca, quebrando su deber de residencia, y la intencionalidad quebrantadora surge indiscutible por el hecho de que durante veintiún días no se tiene noticia alguna del mismo en el Ayuntamiento comunicando y justificando su ausencia; y es el día 19 de marzo de 1986 —precisamente la fecha de adopción del acuerdo recurrido— cuando dirige comunica-

ción certificada de autorización al Ayuntamiento, que tuvo entrada el día 22, haciendo saber que al objeto de entretener el *dolche farmiente* que implica su situación de suspensión preventiva de empleo y sueldo, ha decidido aprovechar el tiempo y trasladarse alternativa y circunstancialmente a Palma de Mallorca, dado que le ha sido posible matricularse en la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares, donde vivirá en el domicilio que especifica.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 10 noviembre 1986.*)

2. *Abandono de servicio. Las graves irregularidades cometidas en el expediente impiden considerar probados los hechos tipificados de las faltas. Pliego de Cargos que se limita a una calificación jurídica de hechos que no se concretan.*

«Del examen del expediente administrativo muestra las graves irregularidades cometidas en el mismo, pues imputándose dos hechos cometidos directamente contra el Alcalde de Bormujos, la insubordinación la noche del 21 de julio de 1981, y la irrespetuosidad con la Autoridad, que, como consta en los considerandos de la primera resolución, consistió en la negación del saludo a la persona del Alcalde en la noche del 29 de mayo en el Pub Zaida, y en la noche del 18 de junio en el cruce de las calles Sevilla y Vicente Aleixandre, la Autoridad Municipal, lejos de abstenerse de conocer el expediente, como le impone el artículo 20.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por intervenir en el procedimiento como testigo, es quien adopta los Decretos impugnados, con lo que se da la anomalía procesal de ser al mismo tiempo juez y testigo del procedimiento sancionador, testimonio que plasma no en una declaración que pueda ser valorada y analizada por otra persona, sino que lo lleva directamente a los considerandos del referido Decreto.

También concurre el vicio en el expediente de que el Instructor no practica más prueba que la declaración del expedientado, eludiendo la carga impuesta en el artículo 136.1 de la mencionada Ley de Procedimiento Administrativo de practicar las pruebas y actuaciones dirigidas al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción, que aplica al procedimiento sancionador la obligación general del artículo 81.1 de la misma de desarrollar la Administración de oficio, o a petición del interesado, los actos de instrucción adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, con lo que da valor exclusivo a la prueba de confesión, sin tener en cuenta que, en el proceso penal, el artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la confesión no dispensa al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el conocimiento de la verdad de la confesión.

No es menos relevante el hecho de que no se expresen en el pliego de cargos los datos fácticos en que consistió la insubordinación contra el Alcalde de la noche del 21 de julio de 1981, las fechas y el tiempo que duró el abandono del servicio, en qué consistió la falta de respeto a la Autoridad, mencionando cuál fuere la ofendida, el lugar y fecha, hechos imputados que permitan conocer por qué incumplió sus funciones o puso en peligro la función con grave riesgo, así como la utilización de expresiones jurídicas tales como manifiesta ineptitud o negligencia inexcusable.

Tales vicios determinantes de la nulidad del expediente y de la sanción impuesta serían estimables si la economía procesal no aconsejara no agravar la situación del recurrente imponiendo una nulidad de las actuaciones practicadas que prolongue la situación de suspensión y de separación del servicio en que se encuentra, por lo que al valorar la prueba practicada en el recurso se llega a la convicción de que el único hecho demostrado es que el funcionario en reiteradas ocasiones abandonó el servicio, unas veces no acudiendo sin causa justificada y otras interrumpiendo indebidamente su prestación, y

así lo acreditan, además del Alcalde de Bormujos, don Antonio R. G., don José Luis A. J., don Diego S. P. y don José M. C., cuyo hecho consiste en la falta muy grave tipificada en el apartado *d)* del artículo 52 del Decreto de 6 de octubre de 1977, número 3046/77, que articula parcialmente la Ley de Bases de Régimen Local, y de acuerdo con el artículo 54.1.d) del mismo procede imponer la sanción disciplinaria de suspensión de funciones por cuatro meses.

El recurso tiene por objeto impugnar Decreto de la Alcaldía de Bormujos (Sevilla) de 6 de marzo de 1982, y el desestimatorio de reposición de 3 de mayo del mismo año, que impuso al recurrente, Auxiliar de la Policía Municipal con funciones de Vigilante Nocturno, la sanción disciplinaria de separación definitiva del servicio con pérdida de todos los derechos como funcionario de la Corporación Municipal, como incurso en tres faltas muy graves: *a)* manifiesta insubordinación; *b)* ausencia injustificada con abandono notorio del servicio, con reiteración, y *c)* defectuoso cumplimiento de las funciones con daño evidente al prestigio de la función por ineptitud y negligencia inexcusables, con reiteración; y de otras dos graves: *a)* irrespetuosidad en acto de servicio con desconsideración a la Autoridad y redundando en manifiesto desprestigio de la función, y *b)* conducta irregular con actos cuya importancia entraña riesgo para el prestigio de la función, con la pretensión de que se dicte sentencia anulatoria del acuerdo impugnado y se reponga en pleno derecho en sus funciones, abonando las diferencias de haberes dejadas de percibir desde el inicio del expediente hasta la fecha de reincorporación.

En el expediente administrativo tramitado consta el siguiente pliego de cargos: 1.º) Haberse insubordinado contra el señor Alcalde en la noche del 21 de julio del año en curso. 2.º) Haber abandonado en reiteradas ocasiones el servicio, unas veces no acudiendo y otras interrumpiendo su prestación. 3.º) Haber sido irrespetuoso con la Autoridad. 4.º) Haber incumplido sus funciones, desde su toma de posesión hasta el final de su actuación, por manifiesta ineptitud o negligencia inexcusable, y 5.º) Haber puesto el prestigio de su función en grave riesgo, al haber estado presente, si bien en horas que no eran de servicio, en una discusión, con gran escándalo, en la que intervenía un señor conocido por Williams.

Al revisar las facultades legales de la Alcaldía de Bormujos para imponer una sanción disciplinaria tan grave como es la separación del servicio, con pérdida de todos los derechos del funcionario corregido, conviene tener en cuenta la doctrina jurisprudencial expresiva de que, por carecer de ámbito jurídico-administrativo sancionador de una coherente y completa doctrina general, han de ser en él atendidos aquellos principios fundamentales inspiradores de todo derecho punitivo que imponen, en el enjuiciamiento completo de conductas, una cuidadosa determinación de su naturaleza y alcance que permita fijar si es o no asumible en alguna de las tipificaciones, infracciones, para que al actuar la potestad administrativa no a través del puro juego de la discrecionalidad, sino estrictamente jurídico enmarcado por el principio de legalidad, es decir, los de tipicidad antijurídica e imputabilidad dolosa o culpable, quede marginada toda interpretación extensiva, analógica o inductiva —sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1981—, pues los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado —sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Los de la sentencia apelada, que se aceptan.

La sentencia apelada valora con acierto las actuaciones practicadas, llegando a la conclusión de que el único hecho demostrado y sancionable es el



abandono del servicio por el funcionario expedientado, Auxiliar de la Policía Municipal con funciones de Vigilante Nocturno del Ayuntamiento de Bormujos (Sevilla), unas veces por no acudir al mismo sin causa justificada y otras interrumpiendo indebidamente su prestación, hecho tipificado en el apartado d) del artículo 52 del Decreto de 6 de octubre de 1977, que articula parcialmente la Ley de Bases de Régimen Local, imponiéndole la sanción disciplinaria de suspensión de funciones durante cuatro meses, anulando las resoluciones municipales que le habían impuesto la separación definitiva del servicio con pérdida de todos sus derechos como funcionario, por estimar que las graves irregularidades cometidas en la tramitación del expediente sancionador impiden considerar como acreditados los hechos tipificados de las demás faltas que determinaron la imposición de tan grave sanción, puesto que, en efecto, el pliego de cargos formulado por el Instructor del expediente, con excepción del 5.º, se limitan a una calificación jurídica de hechos que no se concretan —haberse insubordinado contra el señor Alcalde la noche del 21 de julio de 1981, haber sido irrespetuoso con la expresada autoridad, haber incumplido sus funciones con manifiesta ineptitud o negligencia inexcusable, etc.—, y, sobre todo, por ser el mismo Alcalde el que sancionó unos supuestos hechos que afectaban directamente al principio de autoridad de que se halla investido, sin otra prueba que la declaración del propio expedientado, en la que niega o solamente admite parcialmente los hechos por los que se le pregunta, y las calificaciones jurídicas que el Alcalde hace ya en la resolución que ordena incoar el expediente sancionador y en las sancionadoras que ponen fin al mismo.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 1 diciembre 1986.*)

### 3. *Naturaleza jurídico-administrativa de la relación que une a los funcionarios rurales de Correos con la Administración. Consecuencia a efectos disciplinarios.*

«El Letrado del Estado recurrente reproduce en esta apelación la misma cuestión que ya planteó en la primera instancia y fue resuelta por la Sala Jurisdiccional de la Audiencia Territorial de La Coruña en sentencia de fecha 29 de enero de 1986, que impugna en este recurso con fundamento en que la relación entre la Administración y doña María de los Angeles M. R., que presta servicios a la Administración postal como Enlace rural de tipo "B" en Boa-Noya (La Coruña), es de naturaleza laboral, por lo que estima que la imposición de la sanción de separación del servicio es competencia del Director General de Correos, solicitando la revocación de la sentencia apelada, que calificó dicha relación como de naturaleza administrativa y declaró la nulidad de las actuaciones practicadas en el expediente sancionador desde que se formuló propuesta de resolución por el Instructor, por entender que la imposición de la sanción referida es competencia, previa audiencia de la Comisión Superior de Personal, del Consejo de Ministros.

La Ley de 22 de diciembre de 1953, de Reorganización de los Servicios de Correos, estableció en su artículo 6.º, apartado D), número quinto, que el personal postal que se retribuya con el carácter de asalariado por no concurrir en el mismo la condición de funcionario público, estará desde luego sujeto a las normas administrativas que reglamenten sus obligaciones, servicios y responsabilidades, sea cual fuere la legislación que regula sus devengos, pensiones y demás derechos; la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1957, que aprobó la Reglamentación del Servicio y del Personal del Correo Rural, dispuso en su artículo 46 que "todas las faltas que puedan producirse en el servicio por actuaciones del personal de esta clase en propiedad motivarán la tramitación del oportuno expediente administrativo, independientemente de la acción penal, si a ello hubiere lugar, para la calificación y sanción de las mismas, con arreglo a las normas de general aplicación para el personal postal y las especiales vigentes para el personal rural"; finalmente, la Ordenanza

Postal, aprobada por Decreto de 19 de mayo de 1960, reguló en el Capítulo V del Título V el régimen del personal rural de la Administración Postal, cuya situación en la Administración Postal, según el artículo 95, se regirá por una relación contractual de naturaleza administrativa, quedando sometido en el orden disciplinario, de acuerdo con su artículo 99, a las normas contenidas en el Título VIII de la misma Ordenanza, entre los que se encuentra el artículo 223, que en materia de responsabilidad disciplinaria establecía los recursos administrativos de alzada y reposición como previos a la vía contenciosa, añadiendo en el apartado 3) que en la formación, tramitación y resolución de estos recursos se observará lo establecido en el Capítulo II del Título V de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, normativa la reseñada que estaba vigente y determinó la naturaleza de la relación jurídica que se estableció entre la señora M. y la Administración desde que empezó a prestar servicios como Enlace rural de tipo "B", provisionalmente en el año 1971 y con carácter definitivo a partir de 1973.

En la segunda mitad de los años setenta se inicia una reforma en profundidad de la Administración Pública y régimen de sus funcionarios, en cuanto a éstos, entre otros aspectos, tratando de limitar la excesiva proliferación de ciertas situaciones —interinos, eventuales, contratados, etc.—, pues se habían utilizado con frecuencia para la provisión de vacantes formas en principio reservadas para supuestos de excepción y tiempo limitado, creando situaciones cuya inestabilidad, unida a las limitaciones retributivas, necesariamente había de repercutir en el rendimiento, dictándose disposiciones varias, que también reproduce la Ley de Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984, encaminadas, de una parte, a prohibir o limitar a supuestos concretos nuevas situaciones de este tipo, propiciando, de otra, la desaparición de las que ya existían mediante el acceso directo o superación de pruebas restringidas de los que se encontraban en alguna de dichas situaciones, reguladas para la Administración Postal en las Disposiciones Transitorias 2.ª y 4.ª de la Ley 75/1978, de 26 de diciembre, sobre Normas reguladoras de los Cuerpos y Escalas de funcionarios de Correos y Telecomunicación.

Cierto que la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 75/1978 establece que cuando la integración del personal del Correo Rural no fuere posible por el escaso ámbito del territorio y carga de trabajo, la relación contractual del mismo con la Dirección General seguirá teniendo carácter laboral, con negociación de sus condiciones de trabajo, expresión "seguirá" que no supone modificación del *status* jurídico de los que con anterioridad tenían con la Administración un vínculo de naturaleza administrativa, cuya modificación exigiría, además de la necesaria claridad en el texto legal, la extinción del anterior vínculo de naturaleza administrativa y la concertación del correspondiente contrato de trabajo, ni la aprobación de un Convenio Colectivo puede tampoco modificar la naturaleza administrativa de esa relación, interpretación que confirma el Real Decreto de 24 de abril de 1981, que aprobó el Reglamento de los Cuerpos Especiales de Correos y Telecomunicación, en cuyo artículo 2.º se derogan expresamente numerosos preceptos de la Ordenanza Postal del año 1960, entre los que no se incluyen precisamente los artículos 95 a 99 y el 223.

El mismo criterio regía para los funcionarios públicos en general, cuya normativa era de aplicación supletoria en defecto de lo específico del personal de la Administración postal, pues la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de fecha 7 de febrero de 1964, se refiere a la contratación de personal en su artículo 6.º, que puede tener por objeto, entre otros, según el número 2, apartado b), la colaboración temporal en las tareas de dependencias administrativas, contratos sometidos en su interpretación, ejecución y resolución, según señala el número 5 del mismo artículo, a la jurisdicción contencioso-administrativa, personal con contrato de colaboración temporal que en materia disciplinaria también se hallaba sometido al Reglamento de Régimen Disciplinario aprobado por Decreto de 16 de agosto de 1969, situación que mantuvo la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública

de 2 de agosto de 1984, de inspiración claramente contraria al régimen de contratación administrativa, declarando a extinguir todas las plazas no escalafonadas de funcionarios —Disposición Adicional primera—, prohibición de celebrar en lo sucesivo contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho administrativo —Disposición Adicional cuarta—, facilitando al personal con contrato administrativo el acceso a la función pública mediante pruebas restringidas —Disposición Transitoria sexta—, pero respetando en todo caso la situación jurídica de los contratados que por cualquier causa no accedieran a las plazas de nueva creación, incluso en el aspecto disciplinario, como establece la Disposición Transitoria segunda del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto de 10 de enero de 1986, en la que expresamente se declara que sus normas son de aplicación al personal contratado en régimen de colaboración temporal.

La propia Administración consideró la relación jurídica como de naturaleza administrativa en la tramitación del procedimiento sancionador, calificación de los hechos y concesión de los recursos procedentes, siendo después, al ser alegada la incompetencia de la Dirección General de Correos para imponer la sanción disciplinaria de separación del servicio, cuando pretende convertirse el recurso de reposición en una reclamación previa a la vía judicial laboral, no obstante lo cual en la resolución se sigue refiriendo a la separación del servicio y no al despido, concediéndose contra la misma recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal correspondiente, debiendo resaltarse, sobre todo, que la Administración, con ocasión del procedimiento laboral tramitado en la Magistratura de Trabajo número 1 de La Coruña por despido de la señora M., no promovió cuestión de competencia, aquietándose incluso ante la sentencia de la referida Magistratura de fecha 22 de septiembre de 1983, que declaró la incompetencia de la jurisdicción laboral para conocer de dicho asunto y remitió a las partes a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la defensa de sus derechos, sin interponer para ante el Tribunal Central de Trabajo el recurso de suplicación que como procedente se indicó en la notificación de la sentencia.

Sentada la premisa de que la relación entre la Administración y la señora M. es de naturaleza administrativa, la sentencia apelada llega a la conclusión acertada de que la competencia para imponer la sanción de separación del servicio corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente, después de oír a la Comisión Superior de Personal, según establece el artículo 91.2 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, no derogado por la Ley de Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984, y el artículo 57.1 del Reglamento de Régimen Disciplinario, aprobado por Decreto de 16 de agosto de 1969, competencia que se reitera en el artículo 47.1 del actual Reglamento, aprobado por Real Decreto del 10 de enero del presente año 1986, y de forma más concreta, para el personal de la Administración Postal, en el Título VIII, Capítulo II, Sección 1.ª, de la Ordenanza Postal de 1960, y artículo 74.1 del Reglamento aprobado por Decreto de 24 de abril de 1981, declarando en consecuencia la nulidad del expediente desde que el Instructor formuló la propuesta de resolución, con el fin de que se remita al órgano competente para su resolución, por lo que es procedente desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia que en el mismo se impugna.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 16 diciembre 1986.*)

4. *Facultad de los Tribunales para modificar, en base al principio de proporcionalidad administrativa, las sanciones disciplinarias adecuándolas al equilibrado grado de proporcionalidad que debe existir entre aquéllas y la conducta que las determina.*

«La sentencia impugnada, a juicio del recurrente, al estimar los hechos determinantes de una de las sanciones disciplinarias como incluso en el tipo

sancionador descrito en el artículo 7.j) del Decreto 2088/1969 sancionable con la pérdida de veinte días de remuneración, excepto el complemento familiar, en vez de la establecida en la resolución recurrida, consistente en una falta muy grave de manifiesta insubordinación individual tipificada en el apartado e) del artículo 6 y una falta grave de obediencia y respeto a los superiores, recogida en el artículo 7.a), ambos del Decreto citado, sancionadas con dos meses de suspensión y pérdida de cinco días de haber, respectivamente, infringe, a juicio del recurrente, el artículo 43.1 de la Ley de la Jurisdicción al alterarse las pretensiones de las partes oportunamente deducidas, que fueron anulación de la sanción —petición del recurrente— y desestimación de la misma, pretensión de la Corporación demandada. Sin embargo, se dice, ni uno ni la otra postularon la modificación o sustitución de la sanción, e incidiéndose, por tal causa, en el motivo de revisión invocado; mas si se examina con detenimiento la sentencia impugnada se observa que la misma no incurre en el vicio de incongruencia positiva denunciado, pues se mueve, en su decisión, implícitamente, dentro de las pretensiones de las partes, dando al concepto de congruencia el alcance objetivo y subjetivo que debe tener, ya que no puede quedar enmarcado dentro del ámbito estricto literal de las postulaciones de los litigantes, sino comprendiéndose dentro de él las implícitas y las consecuentes e inherentes a la revisión jurisdiccional, puesto que la sentencia, al revisar la sanción impuesta al recurrente, lo que efectúa es un análisis valorativo de la misma para llegar primero a la conclusión, por las razones que expresa, que la conducta desplegada por el recurrente no se puede incardinar en una falta muy grave de insubordinación, sancionada con dos meses de suspensión, para posteriormente, como resultado del juicio de valor que realiza, considerarla sólo como una falta grave de negativa a realizar actos o tareas en los casos en que lo ordenen por escrito sus superiores por imponerle necesidades de urgente e inaplicable cumplimiento, como en el caso enjuiciado sucede, debiendo de indicarse que la tipificación que efectúa la sentencia impugnada, para una mejor comprensión de la decisión judicial que estamos revisando, viene condicionada por la negativa del actor a firmar el "recibí" de la copia del Decreto de la Alcaldía de fecha 9 de abril de 1984, presentado por un superior, y relativo a la ampliación transitoria de la jornada de trabajo por necesidad perentoria de poner al día la contabilidad municipal, dependencia en la que el actor prestaba sus servicios, y la inasistencia al trabajo del mismo desde la tarde del día 9, a raíz de la presentación o notificación del Decreto citado, y la tarde del siguiente día 10, y sin que tal proceder pueda entenderse como generador del motivo de incongruencia denunciado, toda vez que las pretensiones de las partes vienen delimitadas por el máximo —confirmación de la sanción— y el mínimo —anulación de la misma—, moviéndose consecuentemente la decisión judicial dentro de ambos parámetros sin traspasarlos negativa o positivamente, conviniendo recordar: 1.º) Que, como se indica en el Preámbulo de la Ley de la Jurisdicción, se otorga a los Tribunales poderes para enjuiciar la legitimidad de los actos y disposiciones que se someten a su conocimiento, no tan sólo a través de los fundamentos aducidos por las partes, sino por otros que estimen ser tomados en consideración, y 2.º) Los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pueden y deben valorar si, en el caso concreto, ha sido aplicada correctamente la facultad de la Administración para optar, entre el abanico de sanciones que el Reglamento disciplinario ofrece, por la más adecuada atendiendo al principio de proporcionalidad entre falta y sanción, que debe de presidir toda corrección disciplinaria. Por consiguiente, si la sentencia determina una específica sanción al conocer de un recurso ha de ser mantenida, y sin que con tal proceder incida en la incongruencia denunciada, pues lo que efectúa la sentencia impugnada es precisamente, aplicando el principio de proporcionalidad entre falta y sanción, corregir el exceso de la Corporación demandada adecuándolo al equilibrado grado de correlación entre conducta y la sanción determinante de ella, tesis la que acabamos de exponer que es confirmada por el propio recurrente cuando en el encabezamiento del motivo

segundo de revisión literalmente afirma: "La Sala de instancia puede legítimamente, sin duda de ningún género, alterar la calificación jurídica de los hechos que ante ella se presenten, aplicando una norma jurídica diferente de las invocadas por las partes", todo lo cual aconseja desestimar el presente motivo de revisión.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 17 diciembre 1986.*)

5. *Retroactividad de normas favorables en materia sancionadora. Carácter cuasi-penal del régimen disciplinario, por lo que rigen los mismos principios de tipicidad, imputabilidad y culpabilidad informadores de éste. Falta de probidad.*

«En el presente recurso se plantea la cuestión de la incidencia de aplicación de las normas legales y reglamentarias que regulan el régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado promulgado por Real Decreto número 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario en desarrollo y ejecución de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, es decir, promulgadas con posterioridad a la comisión de los hechos por los que el recurrente fue sancionado, pero encontrándose sujetos los actos sancionadores a la revisión o aprobación de los Tribunales Jurisdiccionales, cuestión ésta que ha sido planteada por esta Sala a las partes, siendo el régimen disciplinario de carácter cuasi-penal en el que rigen los mismos principios informadores que en éste, como el de tipicidad, imputabilidad y culpabilidad, también ha de aplicarse el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, basado esencialmente en que si, como en este caso, desaparecen las disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan, el hecho y la causa de la sanción, no existe ya la tipicidad del caso; si no se considera como falta sancionable en la regulación disciplinaria la falta de probidad moral o material, ha desaparecido el tipo en que estaba incluido el hecho sancionado, y ha de ser, por tanto, anulada tal sanción por falta de soporte legal, apreciable en cualquier momento, por los Organos Administrativos o Jurisdiccionales, como regula la Disposición Transitoria 1.ª del Reglamento de 10 de enero de 1986, la sanción del recurrente fundada en esa falta de probidad moral o material que ya no está castigada como falta muy grave, al contrario de lo que sucedía en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Decreto número 2088/1969, de 16 de agosto, que en su artículo 6.º, apartado a), figuraba como falta muy grave, sancionable con la máxima sanción de separación del servicio, ha desaparecido en el actual régimen disciplinario aprobado por Real Decreto 33/1986, y por lo que se refiere a la otra falta muy grave apreciada en el expediente de cualquier conducta constitutiva de delito doloso del artículo 6.º, del apartado b), se ha convertido en el nuevo régimen disciplinario en una falta grave recogida en el artículo 7.1.c) y sancionable, de acuerdo con el artículo 16, con suspensión de funciones por plazo que no excederá de tres años, por lo que los acuerdos impugnados han de ser anulados, por ausencia actual de soporte legal tanto en la tipicidad como en la punibilidad de la conducta.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que han de anularse los acuerdos recurridos al no ser conformes con el ordenamiento jurídico, según el artículo 83.2 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, con las consecuencias inherentes a esa nulidad al no producir efecto la separación del servicio del recurrente decretada por la comisión de las faltas muy graves de probidad moral y conducta constitutiva de delito doloso a las que se refieren los apartados a) y b) del artículo 6.º del Reglamento aprobado por Decreto de 16 de agosto de 1969, y estimar que la conducta del recurrente constituye una falta grave prevista en el artículo 7.1.c) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real De-

#### NOTAS DE JURISPRUDENCIA

creto 33/1986, de 10 de enero, graduándose la sanción disciplinaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del mismo Reglamento con la sanción de suspensión de funciones por término de tres años.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 24 diciembre 1986.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

# **CRONICA ADMINISTRATIVA**

