

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. SELECCIÓN: 1. *Cuerpo de gestión. Acceso. El título expedido por la Escuela de Estudios Auxiliares de Investigación del CSIC no habilita para participar en las pruebas selectivas.* 2. *Oposiciones. Catedráticos y Profesores de Universidad. Comisión de Reclamaciones. Pueden revisar en cuanto el fondo la propuesta de la Comisión cuando resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación. Supuesto en que no se da.* 3. *Oposiciones. No cabe sostener la existencia de vicios de incompetencia u omisión de normas procedimentales en la calificación de un ejercicio según los criterios expuestos por los técnicos redactores del test cuando las actas «muestran la presencia inmediata del Tribunal, el seguimiento del ejercicio y el examen de las respuestas sin que haya el menor rastro de que dicho Tribunal se sintiera ajeno a la calificación».* Las principales garantías de los ejercicios orales son la publicidad de las exposiciones y la inmediatez de las calificaciones, sin que sea preceptivo calificar sobre transcripciones o resúmenes escritos. 4. *Oposiciones. Catedráticos y Profesores Universidad. Comisión de apelaciones. Facultades. Deberes. Motivación. Nulidad de resoluciones. Perfil de la plaza.* 5. *Oposiciones y concursos. Límites a la discrecionalidad técnica del Tribunal Calificador: Desviación de poder; normas de la convocatoria sobre méritos evaluables y puntos a asignar y procedimiento. Procedencia de revisión jurisdiccional.* 6. *Rectificación de errores. Oposiciones. Puede producirse en cuanto a la suma de las puntuaciones, sin que pueda extenderse a la modificación de la puntuación en cada uno de los ejercicios sin pruebas la existencia de error.* 7. *Derecho a acceder en condiciones de igualdad. Cuerpos Docentes. Valoración preferente de la experiencia docente como interinos o contratados. Alcance. Sistema transitorio de la LOGSE.—* II. **DERECHOS Y DEBERES.** 1. *Funcionarios. MUFACE. Cónyuge del mutualista. Derechos. Artículos 77 a 79. Reglamento 18 de marzo de 1976.* 2. *Promoción interina. El artículo 134.1 RD Legislativo 781/85 tiene su origen en la Ley 30/84, por lo que una modificación de ésta supone la derogación de aquél. Además, la modificación de una norma declarada básica supone la derogación de la incompatible con la nueva redacción.* 3. *Catedráticos y Profesores de Universidad a tiempo parcial. Sistema retributivo. Inexistencia de vulneración del derecho a la igualdad.* 4. *Ascensos. General Auditor. Ley 6/1988. Aspectos reglados y discrecionales. La decisión final del Gobierno, por entrañar una cuestión de discrecionalidad técnica, escapa al control jurisdiccional.* 5. *Retribuciones. Fuerzas Armadas. Legalidad del RD 359/89 que establece las retribuciones básicas y complementarias.* 6. *Retribuciones. La Ley 30/84 sustituyó el sistema de retribuciones cerrado o corporativo por el arbitrio o de puestos de trabajo. La percepción de retribuciones complementarias correspondientes a un determinado, sólo puede producirse cuando tal puesto se halla dotado como tal con dichos complementos y el funcionario esté adscrito al mismo.* 7. *Casas militares. Nulidad parcial de RD 1751/1990, de 20 de diciembre.* 8. *Derecho de huelga. Funcionarios de Establecimientos Penitenciarios. Proporcionalidad de los servicios mínimos.* 9. *Retribuciones básicas y complementarias. Fuerzas Armadas: criterios. Legalidad RD 359/89 sobre retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas.* 10. *Profesores de Educación Física. RD 1467/89. Ni el artículo 1.º ni el artículo 31 infringen la DA 1.ª, apartado 2, Ley 30/84. Designación para otras tareas respetando su función.* 11. *Prohibición de que las Corporaciones locales realicen aportaciones para fines mutualistas de sus funcionarios (Ley 11/1960, 12 de mayo, DD.AA. 7.ª y 8.ª, y DD.AA. 4.ª y 5.ª TR 784/1986) que no puede salvarse atribuyéndoles carácter de retribución indirecta por estar prohibida la creación de conceptos retributivos distintos de los establecidos en los textos legales en la Ley 7/85 (art. 93) y la Ley 430/84 (art. 23).* 12. *Funcionarios nombrados para puestos de libre designación.*

Pueden ser cesados libremente según el artículo 20 de la Ley 30/84 y 104.2, Ley 7/86. Ante las facultades discrecionales de que se dispone la Administración «pesa sobre el interesado la carga de probar si no se conforma con la remoción que ésta se produjo arbitrariamente». Es suficiente la pérdida de confianza.—III. INCOMPATIBILIDADES. 1. Dos puestos de trabajo en el sector público. Inexistencia de inconstitucionalidad. Imprudencia de indemnización al pretenderse que se declara una responsabilidad derivada de una actuación del poder legislativo. 2. Incompatibilidades. Constitucionalidad de la Ley 53/84. 3. Incompatibilidades. Ley 53/84. Procedencia del pase a la situación de excedencia de quien desarrollaba simultáneamente dos puestos de trabajo en la Administración. No comporta privación de un derecho actual consolidado reconducible a la expropiación. 4. Incompatibilidades. De Profesor en Orquesta Municipal con jornada de trabajo de 10,30 a 13,30, de lunes a viernes, y actos programados y Profesor de Conservatorio de 15,30 a 20,00 horas, lunes, martes, miércoles y viernes. Existencia de incompatibilidad en aplicación de la Ley 53/84. 5. Incompatibilidades. Constitucionalidad de la Ley 53/84. Legalidad del pase a la situación de excedencia. Inexistencia de responsabilidad patrimonial del Estado. Doctrina reiterada.—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. 1. Funcionarios. Sanciones. Aplicación retroactiva de la norma favorable. Jurisprudencia reiterada. Mientras el apartado d) del artículo 6 RD se refiere a acuerdos o resoluciones, las conductas materiales no formalizadas de apropiación de fondos públicos se tipifican en el artículo 7.º, 1.º C. 2. Funcionarios. Infracciones. Incumplimiento del deber de prestación personal del servicio y del deber de residencia en la localidad de que es titular. Incompetencia de las Autoridades Locales para liberar de dicho deber. Médico titular. 3. Derecho administrativo sancionador. Aplicación analógico de los principios rectores del Derecho penal. Retroactividad de la norma más favorable. Conducta constitutiva del delito doloso relacionado con el servicio. 4. Funcionarios. Pérdida de la condición como consecuencia de pena de inhabilitación especial para cargo público. Mientras subsista aquella condena seguirán subsistentes los efectos de la inhabilitación especial. 5. Sanción. Personal médico al servicio de la Seguridad Social. Legalidad de sanción por incumplimiento del principio de proporcionalidad.

## I. SELECCIÓN

1. *Cuerpo de gestión. Acceso. El título expedido por la Escuela de Estudios Auxiliares de Investigación del CSIC no habilita para participar en las pruebas selectivas.*

Excluida la recurrente de las pruebas selectivas convocadas el 22-3-1985 para ingresar en los Cuerpos Generales de Gestión de la Administración Civil del Estado y de Gestión de la Administración de la Seguridad Social, por considerarse que carecía de la titulación requerida, la cuestión que debemos resolver es si, hallándose en posesión de título expedido por la Escuela de Estudios Auxiliares de Investigación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, aquél puede entenderse comprendido en la base 2-1-c) de la convocatoria, en la que se requería el de Ingeniero Técnico, Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico, Formación Profesional de tercer grado o equivalente, considerándose equivalente al título de Diplomado Universitario la superación de tres cursos completos de licenciatura, de conformidad con la Disposición Transitoria 5.ª de la Ley 30/1984.

La sentencia apelada rechaza la posibilidad de la equiparación, fundamentalmente porque exigiéndose para el ingreso en la Escuela solamente el título de Bachiller Elemental u otro equivalente (Decreto de 6-6-1958) y teniendo como misión la formación de auxiliares en sus tres funciones de Secretarías, Bibliotecas y Laboratorios, impartiendo estudios de cultura y redacción, técnicas e instrumentos de servicios (de oficina, contabilidad, estenotipia, taquigrafía y mecanografía) e idiomas extranjeros, no parece razonable entender que la preparación ofrecida por la Escuela permita salvar la aparente y significativa distancia exis-

tente entre la misma y la que se deriva de los estudios a los que se refiere la mencionada base de la convocatoria.

La irreprochable argumentación reseñada trata de rebatirla la parte apelante mediante una afirmación que ha constituido la base de su pretensión, tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso judicial; la equiparación reconocida a su título con los de grado medio por el Ministerio de Educación y Ciencia y la eficacia que a esta equiparación ha dado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en casos análogos, concretamente en dos Sentencias de 25-11-1977, en las que se equiparaba económicamente a los Diplomados de Investigaciones Científicas con la escala integrada por Ingenieros Técnicos y Arquitectos Técnicos, porque se había acreditado en autos que, conforme a dictámenes favorables del Consejo Nacional de Educación, el título expedido por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas era equivalente a la titulación de grado medio.

El elemento de prueba que para este caso particular se ha aportado por la demandante es una comunicación del jefe del Servicio de Alumnado de la Subdirección General de Ordenación Académica Universitaria, en la que se dice que antes de que se extinguiesen las enseñanzas de técnicas de grado medio venían concediéndose por la antigua Dirección General de Universidades equiparaciones a dicho nivel educativo al título de la Escuela de Estudios Auxiliares, a los efectos de clasificación en puestos de trabajo, por lo que en esta materia ostentan los titulados en dicha Escuela los mismos derechos que puedan asistir a los antiguos titulados técnicos de grado medio.

Esta manifestación es insuficiente para fundar el derecho pretendido. Se trata, simplemente, de una referencia a una práctica administrativa no avalada por norma jurídica alguna, sin que, por otra parte, conste que se haya seguido un procedimiento de carácter general para que un órgano idóneo de la Administración fijase dicha equivalencia. En estas circunstancias, la valoración contraria a la misma realizada por el Ministerio de la Presidencia al conocer de la reclamación de la recurrente por haber sido excluida de las pruebas selectivas, solamente podría haberse combatido con éxito mediante la acreditación de una sustancial similitud de dificultad y entidad entre los estudios cursados en la Escuela y las que habilitaban para obtener el título de técnico de grado medio, lo que no solamente no ha sido probado, sino que apenas puede decirse que haya sido intentado, al haberse concentrado el esfuerzo probatorio en la pretendida equivalencia que se decía que había sido reconocida por la Administración. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 27 enero 1992.*)

2. *Oposiciones. Catedráticos y Profesores de Universidad. Comisión de Reclamaciones. Pueden revisar en cuanto el fondo la propuesta de la Comisión cuando resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación. Supuesto en que no se da.*

El primer problema que nos plantea la sentencia impugnada es el relativo a la extensión de la potestad de la Comisión de Reclamaciones, puesto que la actuación administrativa que constituye el objeto del recurso tiene su origen en la Resolución de 26-7-1988, en que la Comisión de la Universidad de Murcia entendió que no procedía ratificar la propuesta a favor de la recurrente hecha por la Comisión Calificadora, por lo que posteriormente el Rector, por Resolución de 4 de noviembre del mismo año, declaró concluido el procedimiento y desierta la plaza.

«Sobre este particular aspecto, la Sala de Primera Instancia, después de un atento examen de la cuestión, dice que la Comisión de Reclamaciones no puede sustituir la valoración científica hecha por la Comisión de evaluación del concurso, atendida la competencia más específica y adecuada al área de conocimiento

de la plaza concursada que hay que presumir en esta última, citando, en apoyo de este criterio, las Sentencias del Tribunal Supremo de 17-12-1986, dictada en recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley, y la de 18-7-1988.

Recientemente, en S. 26-12-1990, hemos fijado nuestra postura sobre este problema, que concretábamos en determinar si las facultades revisoras de la Comisión se refieren solamente al examen de la legalidad externa del procedimiento seguido en la valoración de las pruebas o si, por el contrario, pueden entrar en las cuestiones relativas a los conocimientos y méritos de los candidatos, es decir, en materias sobre las que los Tribunales de Justicia consideramos normalmente que no podemos enjuiciar, por formar parte de lo que se llama discrecionalidad técnica de la actividad administrativa, no susceptible de ser valorada con el instrumental jurídico que en exclusiva nos corresponde manejar. Delimitada así la cuestión, notábamos que la característica que el artículo 43.2 de la Ley de Reforma Universitaria impone a los Catedráticos de Universidad que forman la Comisión es que tengan "amplia experiencia docente e investigadora", sin que se haga mención alguna a que deban tener cualquier cualificación en disciplinas jurídicas. Esta circunstancia nos indica que, independientemente de cual sea su especialidad académica, se les considera aptos para valorar la capacidad docente e investigadora de los que participen en los concursos.

Continuábamos nuestro razonamiento señalando que la anterior consideración nos permite calificar de jurídicamente correcto que el Preámbulo del Real Decreto 1888/1984 diga que el recurso específicamente académico ante el Consejo de Universidades atenderá a las cuestiones de fondo, es decir, a la valoración de los méritos de los candidatos realizada por la Comisión y no sólo a los aspectos formales del procedimiento. Aunque este texto haya perdido valor a raíz de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 43.3 de la Ley de Reforma Universitaria, no obstante expresa la intención del Legislador de que la posibilidad de revisión de la actuación de la Comisión juzgadora tenga el alcance al que nos hemos referido, como pone de manifiesto, por otra parte, el hecho de que reglamentariamente se le haya reconocido la posibilidad de solicitar los asesoramientos que considere oportunos (art. 14.4 del Real Decreto 1888/1984).

Destacaremos, por otra parte, que esta doctrina no se contradice con la expresada en las sentencias que cita la Sala de Primera Instancia, ya que éstas se pronunciaron sobre las potestades revisoras de órganos con características diferentes a la que concurren en las Comisiones de Reclamaciones, puesto que se referían a los límites de la facultad jurisdiccional para suplir decisiones de la Administración o los de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación para valorar las actividades de las Comisiones encargadas de juzgar las llamadas pruebas de idoneidad previstas como régimen transitorio para el acceso a los cuerpos docentes en la Ley de Reforma Universitaria.

El Tribunal Constitucional, en la S. 215/1991, de 14 de noviembre, también se ha ocupado del tema. En ella se parte de los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas, consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, para matizar las potestades revisoras de la Comisión de Reclamaciones, teniendo en cuenta que, a diferencia de las Comisiones juzgadoras, considera el Tribunal que aquélla no debe calificarse de órgano técnico. Sobre esta base y la afirmación posterior de que hay datos suficientes en el artículo 43 de la Ley de Reforma Universitaria para entender que su función revisora no se circunscribe a los aspectos formales de los concursos, la sentencia hace un encomiable intento para distinguir entre el "núcleo material de la decisión técnica", reservado en exclusiva a las Comisiones juzgadoras, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado efectivamente la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas, si bien a la postre este esfuerzo dialéctico concluye en la jurídicamente más asequible afirmación de que la no ratificación por la Comisión de Reclamaciones de la propuesta de

provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que —a la vista de los currículum de los concursantes y demás documentación aportada por los mismos (publicaciones, proyecto docente y de investigación y resúmenes del tema elegido o del trabajo original de investigación expuestos en el segundo ejercicio), de los criterios de valoración de las pruebas establecidos por el órgano calificador, de los informes emitidos por sus miembros y de los restantes, en su caso, obrantes en el expediente administrativo— resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidentes el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad que rigen el concurso y el menoscabo del derecho a la igualdad de los candidatos no propuestos.»

«Proyectando las anteriores consideraciones al examen de la forma y criterio con que ejercitó sus potestades la Comisión de Reclamaciones de la Universidad de Murcia, apreciamos, en primer lugar, que estaba compuesta por titulares de asignaturas totalmente ajenas al Área que se valoraba, ya que formaban parte de la misma un Catedrático de Ingeniería Química, uno de Derecho del Trabajo, uno de Geología, uno de Física Aplicada y, finalmente, una Catedrática de Biología Celular, sin que a pesar de ello conste que acudiesen a asesoramiento alguno para fundamentar su decisión, la cual tuvo por esencial motivo el que apreciasen “una enorme diferencia entre el currículum de los dos candidatos a favor del doctor don José L. M.”.»

3. *Oposiciones. No cabe sostener la existencia de vicios de incompetencia u omisión de normas procedimentales en la calificación de un ejercicio según los criterios expuestos por los técnicos redactores del test cuando las actas «muestran la presencia inmediata del Tribunal, el seguimiento del ejercicio y el examen de las respuestas sin que haya el menor rastro de que dicho Tribunal se sintiera ajeno a la calificación».* Las principales garantías de los ejercicios orales son la publicidad de las exposiciones y la inmediatez de las calificaciones, sin que sea preceptivo calificar sobre transcripciones o resúmenes escritos.

«La sentencia apelada, tras una larga y detallada narración de hechos y mención de las posiciones de las partes sobre ellos, llega a la conclusión de que las actas obrantes en los folios 415, 416 y 417 del expediente reflejan actos administrativos nulos de pleno derecho conforme el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo —(párrafo penúltimo, fundamento 7.º)—. No explica la sentencia si la nulidad radical apreciada sería la del apartado *a*) o *c*) del precepto citado, pero tal vez apunte a ambos apartados. Sin embargo, no hay duda de que el Tribunal Calificador intervino en la fase preparatoria del primer ejercicio, presidió la realización del mismo y calificó los ejercicios de cada opositor según criterios que le fueron expuestos por los técnicos redactores del test. Las actas a que nos hemos referido muestran la presencia inmediata del Tribunal, el seguimiento del ejercicio y el examen de las respuestas, sin que haya el menor rastro de que el dicho Tribunal se sintiera ajeno a la calificación, es decir, que delegara toda responsabilidad y acatará ciegamente, o sea, bajo coacción y sin libertad el dictamen de los asesores. Así pues, no compartimos la conclusión a que llega el Tribunal *a quo* sobre la posibilidad de incluir la actuación de Tribunal durante el primer ejercicio en ninguno de los casos señalados en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Todo lo cual conduce a estimar la apelación en cuanto al pronunciamiento expreso del fallo, y a seguir el examen de las demás peticiones subsidiarias sobre los que la sentencia no tuvo que decidir.»

«Las pretensiones relativas al segundo ejercicio, del que se contraen al carácter oral del mismo y a la puntuación dada por el Tribunal, en la cual coinciden todos sus miembros sin que la preceda una puntuación separada de cada uno de ellos. Se trata del control de exposiciones hechas de viva voz ante el Tribunal cuyos miembros han de calificar a renglón seguido, es decir, que éstos califican no sobre transcripciones sino sobre la valoración directa de la expresión oral el opositor. Por eso ningún precepto legal o reglamentario y, por supuesto, tampoco el artículo 106 de la Constitución obligan al Tribunal Calificador a puntuar sobre transcripciones o resúmenes escritos de la exposición oral, ni por otra parte imponen las bases de la convocatoria la redacción de las actas detalladas de cada una de las contestaciones dadas por los opositores. Las principales garantías de esta clase de ejercicios es la publicidad de las exposiciones y la inmediatez de las calificaciones que no están discutidas. Por lo demás, en lo que atañe a las operaciones aritméticas de suma de puntuaciones y división de ésta entre el número de miembros del Tribunal, quedan automáticamente cumplidas en los casos de calificaciones unánimes, en las cuales el cociente viene determinado sin infracción alguna de la base quinta, párrafo final de la Convocatoria. No procede por tanto anular las actuaciones del Tribunal Calificador a causa de los reparos opuestos al modo de realizar el segundo ejercicio y la manera de otorgar las puntuaciones (puntos 4.º y 5.º de las pretensiones de la demanda).»

«Subsidiariamente de lo anterior se impugnan también las puntuaciones del tercer ejercicio porque en ellas, en opinión de los actores, incurrió el Tribunal en desviación de poder, porque, siempre según la demanda, *salta a la vista* que no son equitativas. Ahora bien, la demanda anunció en el fundamento del fondo VII, la prueba de la desviación mediante "perito idóneo", prueba que en su momento no fue propuesta. (En rigor, no se practicó, o al menos no se incorporó a los autos, ninguna otra prueba en el ramo de los actores.) Por todo lo dicho concluimos que no existe prueba ni siquiera indiciaria de la desviación de poder alegada en el citado fundamento, y por tanto ha de rechazarse la pretensión sexta.»  
(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 febrero 1992.)

#### 4. Oposiciones. Catedráticos y Profesores Universidad. Comisión de apelaciones. Facultades. Deberes. Motivación. Nulidad de resoluciones. Perfil de la plaza.

«Don Max-Manuel C. G., demandante es este proceso, apela la S. 9-5-1990 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó su recurso Contencioso-Administrativo, interpuesto contra la Resolución de la Comisión Académica de Apelaciones de Concursos de la Universidad de Valencia, de 24-3-1987, que confirmó la propuesta de nombramiento de don Albert Guillem H. V. para el desempeño de una plaza de Catedrático de dicha Universidad, área de conocimiento de Filología Catalana, así como contra la Resolución de 7-5-1987, del Rectorado Universitario, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución.

Los términos del debate en esta apelación, sintéticamente resumidos, se centran en torno a las siguientes cuestiones:

a) Si existió o no una discriminación de trato entre los diversos concursantes y una infracción de las bases del concurso, cuestión íntimamente ligada al dato de cuál fuese el perfil definitorio de la plaza a proveer en el concurso.

b) Si los órganos administrativos controlados de la regularidad de la actuación de la Comisión Juzgadora del concurso (Comisión de Reclamaciones y Rectorado) tenían facultades para hacer un enjuiciamiento de fondo de la propuesta para examinar la conformidad de la selección con las bases del concurso,

y si realizaron el enjuiciamiento que el reclamante (hoy apelante) les sometió, o no lo hicieron, causándole indefensión.

c) Si se produjo en la selección del concursante propuesto desviación de poder, bien que esta cuestión se alega sólo en orden subsidiario, por lo que el éxito de otros motivos de impugnación cierra el paso a su análisis.

La ordenación lógica de esa plural temática debe comenzar por el examen de las facultades de la Comisión de Reclamaciones y de su concreto ejercicio en el caso de la reclamación del demandante, por lo que tiene de garantía formal, para pasar luego al examen de fondo acerca del perfil de la plaza sacada a concurso y del trato dispensado a los concursantes, culminando finalmente con el análisis de la alegada desviación de poder sólo en el caso de que se rechazaran los precedentes motivos de impugnación.»

«SEGUNDO. Sobre las facultades genéricas de la Comisión de Reclamaciones (a la que se refieren el art. 43 de la Ley de Reforma Universitaria, Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, y el artículo 14 del Real Decreto 1888/1984), el apelante sostiene la tesis de que no puede limitarse a un mero control de la regularidad procedimental del concurso, sino que sus facultades se extienden al examen de fondo del mismo, y en concreto al control del respeto de las bases del concurso por la Comisión Juzgadora, al seleccionar al concursante propuesto, tesis rechazada en la sentencia apelada, cuyo fundamento de derecho Tercero.5 afirma sobre el particular que “el ámbito revisorio de las cuestiones valorativas de fondo por parte de la Comisión de Apelaciones, no puede ir más allá del que tienen atribuidos los órganos jurisdiccionales, y al respecto es significativa la posición mantenida por el Tribunal Supremo (ver SS. 17-12-1986 o 8-6-1988 ambas de su Sala 5.ª), en el sentido de que la “competencia exclusiva para calificar las pruebas en razón de los conocimientos, aptitudes e historial de los concursantes, está plenamente atribuida a la Comisión Calificadora; la revisión de esta actuación, tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional se refiere a la conformidad con las normas que regulan su actuación, no a la decisión que por razón de los conocimientos científicos, artísticos o técnicos del concursante sea procedente”.»

Con tal modo de razonar parece que la sentencia está rechazando la posibilidad, afirmada por el demandante, de que la Comisión referida entrase a enjuiciar la cuestión acerca de si la Comisión juzgadora se había ajustado a las bases del concurso, y a la adecuación de los concursantes al perfil de la plaza, y si se había producido o no discriminación entre ellos.

En primer lugar, conviene destacar que la doctrina de este Tribunal, transcrita en la sentencia apelada, se refiere a supuestos y a órganos diferentes de los que están en discusión en este proceso. En los de las sentencias referidas se enjuiciaban pretensiones, en las que se reclamaba no la mera anulación de unas propuestas de las Comisiones juzgadoras, sino el nombramiento del reclamante en lugar del propuesto, siendo el órgano ante el que dichas reclamaciones se formulaban la Secretaría de Estado de Universidades.

Es a ese contenido positivo de las respectivas pretensiones al que se refiere fundamentalmente el sentido restrictivo de las sentencias. Y por otra parte resulta clara la inidoneidad de la Secretaría de Estado para el enjuiciamiento de las cuestiones que en los casos referidos se le proponían, que correspondían al campo de la discrecionalidad técnica.

Aquí, sin embargo, la resolución impugnada procede de un órgano cualitativamente distinto, en modo alguno identificable con el contemplado en aquellas sentencias, y por otra parte no se ha solicitado por el reclamante su propio nombramiento en lugar del propuesto por la Comisión juzgadora, sino tan sólo la anulación de éste, por considerarlo no adecuado a la bases del concurso, con retroacción de las actuaciones al momento del primer ejercicio.

Son tan marcadas las diferencias entre el caso decidido en la sentencia apelada y el de las sentencias del Tribunal Supremo, invocadas en aquélla, que la

utilidad orientadora de éstas resulta aquí realmente nula. Pero es que aun en el ámbito de esa doctrina restrictiva tampoco es correcto identificar el contenido de la reclamación, sometida en ese caso a la Comisión de Reclamaciones, con la «decisión que por razón de los conocimientos científicos, artísticos o técnicos del concursante sea procedente...». Juzgar acerca de si se respetan las bases de la convocatoria en cuanto al perfil de la plaza ofrecida en concurso y a la relación con él de los trabajos, memorias, proyectos, etc., de los concursantes, y acerca de si en la valoración de esa relación se ha producido, o no, un trato discriminatorio entre aquéllos por parte de la Comisión, no es algo que entre en el campo de la discrecionalidad técnica, implícitamente referida en la expresión antes transcrita, sino que corresponde propiamente al análisis de «la conformidad con las normas que regulan su actuación», a que se refiere la aludida doctrina.

Ha de concluirse, en definitiva, estimando que el razonamiento de la sentencia apelada es errónea, pues ni la doctrina que invoca es aplicable al caso actual ni, aún en la negada hipótesis de que lo fuera, justificaría el abstencionismo valorador de los órganos administrativos de control, que la sentencia legítima, incurriendo por su parte en él.

Frente a la tesis de la sentencia apelada, y aceptando por nuestra parte la del demandante, debe proclamarse la potestad de la Comisión de Reclamaciones para examinar por sí misma la reclamación de fondo que el hoy apelante le sometió

Aun aceptando que esta Comisión no pueda sustituir a la Comisión juzgadora del concurso en la apreciación directa de los méritos de los concursantes, ámbito reservado a la discrecionalidad técnica de la última, sí le corresponde el enjuiciamiento de fondo a que se refiere el preámbulo del RD 1888/1984, en el sentido, esclarecedoramente definido por la STC 14-11-1991 («BOE» de 17 de diciembre), de «verificar el efectivo respeto de las Comisiones juzgadoras de la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de la adjudicación de las plazas», lo que configura a esa Comisión, según dicha sentencia, «como un órgano académico de garantía de la adecuación de las propuestas de provisión a aquellas condiciones y principios, y en la prestación de tal garantía encuentra la citada Comisión su propio sentido institucional dentro de la comunidad universitaria a la que ha de servir», siendo el control que está llamada a ejercer «un control negativo, creado con la sola finalidad de comprobar que, sin perjuicio de la libre valoración técnica, las propuestas de los órganos técnicos calificadores no han quebrantado, por su apartamiento de los principios de mérito y capacidad, la igualdad de trato a que tienen derecho los concursantes».

En el caso de autos lo cuestionado ante la Comisión de Reclamaciones era cabalmente la desigualdad de trato de los concursantes y la adecuación de los méritos del seleccionado al perfil de la plaza según la convocatoria, materia que no es problema de discrecionalidad técnica (ni como tal se cuestionó por el reclamante, aunque en todo momento se haya motejado de tal su actuación), aunque corresponde propiamente a un control de fondo, y no meramente formal, siendo por ello su reclamación propia de la misión institucional atribuida a la Comisión. En favor de la potestad de ésta para enjuiciar la cuestión que se le proponía, y por tanto de su deber de dar respuesta puntual a la reclamación del hoy apelante, hemos de citar también la doctrina de las Sentencias de esta Sala de 26-12-1990 y de 28-1-1992, a cuya luz es clara la incorrección de la sentencia apelada en este punto.

Establecida la potestad, el paso siguiente es el análisis de si la resolución de la Comisión se adecua a su correcto ejercicio, en relación con la reclamación que el hoy apelante le sometió. Y también en este punto debemos rechazar la tesis de la sentencia y aceptar la del apelante.

Sostiene la sentencia, en el mismo fundamento de Derecho 3.5, al rechazar la tesis del demandante de que «la Comisión de Apelaciones, en su Resolución de 24-

3-1987 no ha dado cumplimiento a tal función revisora de la actuación material de la Comisión», que «existen pronunciamientos implícitos relativos a tal labor de fondo en los ordinales 1.º y 2.º del Resultando segundo de la precitada resolución».

Para comprobar si ello es cierto, bueno es transcribir aquí dichos particulares de la resolución, que, como expresión unánime del acuerdo de la Comisión, dicen:

«1.º Que la actuación del Tribunal fue correcta en la interpretación que hizo de lo que el Real Decreto 1888/1984, acerca de la primera prueba donde se enjuicia globalmente y de forma comparada con los demás concursantes el currículum, el proyecto docente y se valoró la exposición oral de los concursantes. Las alegaciones que se refieren a la valoración del primer ejercicio y del proyecto docente de don Albert H. V. presentados por el recurrente no pueden tomarse en consideración, puesto que es parte interesada y simplemente muestran que no está de acuerdo con la valoración que los miembros del Tribunal hicieron del primer ejercicio. Los cinco miembros del Tribunal que juzgó el concurso fueron unánimes en el juicio que les mereció don Albert H. V., como queda reflejado en el acta correspondiente.

2.º Lo mismo cabe decir de lo que en recurso hacer referencia a la segunda prueba, donde el recurrente enjuicia el trabajo de investigación expuesto por don Albert H. V. Los miembros de la citada comisión reflejaron en el acta, de acuerdo con lo que establece el Real Decreto 1888/1984, el juicio que les había merecido cada una de las exposiciones de los diferentes concursantes, siendo la de don Albert H. V. valorada muy positivamente por todos los miembros de la misma en el juicio global que queda recogido en el acta de la segunda prueba.»

Todo el sentido de la reclamación del hoy apelante consistía en esencia en que el perfil de la cátedra sacada a concurso era doble: a) Historia social de la lengua catalana, y b) Literatura catalana; que ese perfil era el parámetro definidor de las necesidades de la Universidad, que se trataban de satisfacer con el concurso; que a ese perfil y a esas necesidades debía ajustarse la valoración de los currículos de los concursantes y de sus proyectos docentes en investigadores, y que a todos los concursantes se les había valorado en función de esas exigencias excepto al concursante propuesto, del que no se discutían sus méritos en su campo especial de medievalista, pero cuyo currículum y proyectos docentes e investigador se centraban en la literatura medieval y no se acomodaban al perfil de la plaza, sin que la Comisión le juzgase, como a los demás, en relación con el doble contenido del perfil de la plaza.

No es en modo alguno de recibo ante ese planteamiento la respuesta de que «las alegaciones que se refieren a la valoración del primer ejercicio y del proyecto docente de don Albert H. V. presentados por el recurrente no pueden tomarse en consideración, puesto que simplemente muestran que no está de acuerdo con la valoración que los miembros del Tribunal hicieron del primer ejercicio».

En primer lugar, constituye una inaceptable simplificación de las tesis del recurrente al reducir las a un simple desacuerdo con las valoraciones del Tribunal, prescindiendo de las razones de ese acuerdo, que no se refieren a la valoración en sí de los méritos del candidato propuesto (respecto del cual la proclamación de respeto por parte del reclamante es continua), sino a la adecuación al perfil de la plaza.

Pero es que en todo caso resulta absolutamente rechazable el que el órgano de control proclame que las alegaciones del recurrente pueden tomarse en consideración, y ello aunque el desacuerdo fuere tan simple como es presentado. Por el contrario, antes proclamarse el deber del órgano de control de «tomar en consideración» esas alegaciones, analizándolas y decidiendo acerca de las mismas.

No creemos que se trate de una simple expresión desacertada, en el sentido de que no es que no se tomen en consideración las alegaciones, aunque así se diga, sino que, tomadas en consideración, se rechazan.

La ausencia total de razonamiento sobre el cuestionado perfil de la plaza y sobre la adecuación a él de los méritos del concursante propuesto y el inocultable

matiz de rechazo apriorístico implícito en la expresión simplificadora que antes se comentó, están evidenciando que, en efecto, la comisión no tomó en consideración sus alegaciones, quizá porque, partiendo del prejuicio de que se trataba de una simple discrepancia con las valoraciones del Tribunal, no se consideraba obligada a descender al análisis de esas valoraciones por entender que eso era invadir el ámbito de la discrecionalidad técnica de este Tribunal.

El dato de la unanimidad de los miembros del Tribunal, que juzgó el concurso, en el juicio que les mereció el candidato propuesto, no constituye argumento válido en relación con la cuestión suscitada acerca de si esos unánimes miembros se estaban ajustando, o no, en su valoración a las exigencias de la convocatoria. No es admisible que es factor de unanimidad se convierta en un acto de fe del órgano de control respecto del órgano controlado acerca del adecuado comportamiento de éste, supliendo con tal expeditivo procedimiento el compromiso racional de examinar en concreto el compromiso racional de examinar en concreto la actuación desde la perspectiva crítica que marca la reclamación, y dando así respuesta explícita a ésta.

Está claro, pues, que la Comisión de Reclamaciones, como paladinamente lo proclama, no tomó en consideración las alegaciones del reclamante, y por ello no cumplió en este caso concreto con las exigencias de su función institucional al eludir el examen y la decisión razonada de la reclamación, siendo en la misma medida incorrecta la afirmación de la sentencia de que en los ordinarios 1.º y 2.º del Resultando segundo de su resolución existan «pronunciamientos implícitos relativos a tal labor de fondo».

Razonada la infracción atribuible a la resolución impugnada, y en trance de establecer sus efectos, debe afirmarse que no nos hallamos ante un defecto de forma, cuya virtualidad anulatoria venga ligada a la indefensión, sin que se trata de una infracción sustancia, pues no otra consideración debe merecer la omisión por el órgano de control del examen de los razonamientos del reclamante. En realidad, y también en contra de la tesis de la sentencia apelada (Fundamento de Derecho Tercero *in fine*) la resolución no cumple en términos adecuados con la exigencia de motivación, contenida en el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo o, en otros términos, la motivación expresada no justifica la resolución, con lo que ésta resulta contraria al ordenamiento jurídico, lo que debe conducir a su anulación y a la estimación del recurso contra ella interpuesto, según lo dispuesto en los artículos 81 y 83.2 de nuestra Ley Jurisdiccional.

Y lo que se dice respecto a la resolución de la Comisión de Reclamaciones es extensible a la del Rectorado, dictada en recurso de reposición contra ella, particular éste en el que la falta de motivación está admitida en la sentencia apelada, sin que se vuelve a cuestionar en la apelación, si bien sin reconocerle trascendencia anulatoria, tesis que la Sala no comparte.

TERCERO. Entrando en el tema relativo al perfil de la plaza sacada a concurso y al de la alegada discriminación, el primero, presupuesto fáctico para la ponderación del segundo, la tesis del demandante, apelante hoy, es, según ya se ha adelantado, que la plaza tenía un doble contenido y que en función de él debía hacerse la valoración de los méritos de todos los concursantes, por ser ley de la convocatoria. Por contra, la tesis de la sentencia apelada es la de que la tesis del doble perfil (Fundamento Jurídico Cuarto) «viene contradicha, tanto por el contenido literal de la convocatoria como por la propia finalidad perseguida por el Departamento de Lingüística Valenciana, de la Facultad de Filología, del que partió la iniciativa de su ofrecimiento a concurso público, tal como es de ver de las Actas acompañadas por fotocopia en fase probatoria. En la interpretación que lleva a cabo la Comisión Calificadora, de valorar separadamente uno u otro requisitos, no sólo no se aprecia desviación respecto a las Bases, sino que, por el contrario, supone la aplicación de criterios de enjuiciamiento a los participantes que se ajustan racionalmente a las necesidades departamentales».

En el análisis de esta cuestión es conveniente que empecemos transcribiendo en sus literales términos los de la convocatoria, que rezan así:

«1. Cuerpo al que pertenece la plaza: Catedráticos de Universidad. Área de conocimiento a la que corresponde: "Filología Catalana". Departamento al que está adscrita: En constitución, de acuerdo con el Real Decreto 2630/1984, de 12 de diciembre. Actividades a realizar por quien obtenga la plaza: 1. Historia Social de la Lengua Catalana. 2. Literatura Catalana. Clase de convocatoria: Concurso.»

Por lo que hace a las actas del Departamento de Lingüística, aludidas en la sentencia, en la de 13-5-1985 se consigan, como aspiración del Departamento y de la Junta de Facultad, la de que tenga prioridad la dotación de una Cátedra de Literatura Catalana (Área de Conocimiento de Filología Catalana), y como solicitud la de que se dote como cátedra de Filología Catalana, la mentada cátedra histórica (*sic*) y se traiga a concurso dada la inexistencia de esta especialidad en la Facultad, solicitud, completada con la de que se dote una nueva cátedra de Filología Catalana en atención a los méritos de un determinado profesor, y que también se traiga a concurso público. En la posterior acta de 13-6-1985 se relata la suerte de la solicitud anterior y se dice (en traducción del catalán, en que está redactada el acta):

«D. El Director informa que ha recordado al Rector la petición de dos cátedras de Filología Catalana y el compromiso de que una de éstas sea excluida de la distribución ordinaria de cátedras, ya que afecta al señor. El rector le comunica que en la presente convocatoria nada más se han presentado cátedras históricas y que en el próximo presupuesto se reservará una para Filología Catalana. Atendida la posibilidad de que en la primera convocatoria puedan concurrir indistintamente tanto el Señor... como el Señor... hemos propuesto por unanimidad el siguiente perfil: "Historia Social de la Lengua Catalana. Literatura Catalana"».

Es claro en estas actas que el deseo del Departamento era que la cátedra a dotar fuera de Literatura Catalana; pero también lo es en la misma medida que el Rectorado expresó la dificultad de que las únicas cátedras presentadas en la convocatoria eran «cátedras históricas», y que por ello, y en atención a que pudieran concurrir dos determinados profesores (no siendo ninguno de ellos ni el reclamante ni el propuesto), se propuso por unanimidad el concreto perfil que queda enunciado.

No cabe por ello atender para la definición de ese perfil al solo deseo del Departamento, sino que debe atenderse también al obstáculo que para su aceptación expresaba el Rectorado; ello aparte de que la convocatoria en sí se sustantiva de las intenciones de las que pudieron propiciarla, y en cuanto ley del concurso debe analizarse en su propia objetividad, pues es ella, y no aquellas intenciones, la pauta a la que deben ajustarse las expectativas de los abogados a la misma.

Examinando la literalidad de la convocatoria, lo lógico es entender que puesto que son dos las disciplinas que se enuncian, a ambas se refieren las actividades y no sólo de modo alternativo a la una o a la otra, como parece sugerir la sentencia en los términos antes transcritos.

Consecuentemente, ambos dos contenidos son obligado término de referencia para la ponderación de los méritos de los concursantes en condiciones de igualdad.

No se trata, como dice la sentencia, de «valorar separadamente uno y otro requisito», lo que sin duda es lógico y clarificar, sino de que a todos los concursantes se les valore en relación con uno y otro requisito, y no a unos en relación con un requisito (más bien contenido de la actividad) y a otros en relación con el otro.

Se estima por tanto que también en este punto es errónea la tesis de la sentencia, y acertada, frente a ella, la del apelante.

Establecido el presupuesto normativo del perfil de la plaza según la convocatoria, en cuanto a la cuestión siguiente de si hubo discriminación en la valoración de los méritos de los candidatos, ni tan siquiera se ha cuestionado que el candidato propuesto no se le evaluase en función de la exigencia relativa al contenido de

«Historia Social de la Lengua Catalana». Tanto en la contestación a la demanda de éste, como en la misma sentencia, esa concreta alegación fáctica del demandante no se niega; lo que se hace es rechazar la tesis del doble perfil, y oponer a ella la de un contenido alternativo.

Es especialmente elocuente al respecto el hecho primero de aquella contestación, donde se denuncia, como pretendida argucia del demandante, la de incluir la conjunción copulativa «y» en lugar del punto y seguido, para separar ambos contenidos del perfil de la plaza; y se dice después: «Lo que en realidad quiere la convocatoria es precisamente aquello que el demandante niega (*sic*), esto es, que a la cátedra concurren personas procedentes bien del campo de la Historia Social de la Lengua, bien del campo de la Literatura y por eso se coloca un punto y seguido en la convocatoria y no una conjunción copulativa».

Por su parte, el sentido de los términos transcritos de la sentencia, aunque ciertamente no sea muy claro, puesto en relación con la contienda sobre la discriminación, que con ellos se decidía, no puede ser otro sino el de que al rechazarse la teoría del doble perfil, y aceptar una valoración separada de los requisitos, se está recogiendo la tesis de contestación a la demanda.

Establecido antes el doble perfil, resulta claro que el hecho de que al propuesto no se le evaluase en relación con el contenido de «Historia Social de la Lengua Catalana» y sí sólo en relación con el de Literatura Catalana, mientras que a los demás se les evaluase en relación con ambos contenidos (lo que se acredita además por la lectura de los informes razonados de los miembros de la Comisión evaluadora), constituye sin género de duda un trato desigual, contrario no sólo a la ley del concurso, y al artículo 3.1 del Real Decreto 1888/1984, sino sobre todo contrario a las exigencias del artículo 23.2 CE.

No se trata de que la Comisión considerase superiores los méritos de un candidato, sino de que para hacer esa evaluación utilizó dos medidas diferentes y no se atuvo a la definición de las necesidades en función de las que se había configurado el perfil de la plaza.

Se ha producido así la vulneración del ordenamiento jurídico que el apelante denunció desde el primer momento, y a cuya denuncia no se dio respuesta en los órganos de control, como antes quedó razonado, siendo la respuesta judicial recurrida inaceptable.

Dicha vulneración constituye un evidente motivo de nulidad de la propuesta de la Comisión evaluadora, cuyo efecto debe ser la necesaria retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo: esto es, y también aquí aceptando la tesis del apelante, al momento de la celebración de la primera prueba, quedando, pues, anulada ésta y los actos del concurso posteriores a ella, pero no los anteriores, y debiéndose continuar desde aquel momento.

Se impone, por todo lo expuesto, el éxito de la apelación, la revocación de la sentencia apelada y la estimación de recurso Contencioso-Administrativo, sin que sea preciso entrar en el análisis de la desviación de poder, como se advirtió al principio, por el carácter subsidiario de tal motivo de impugnación, al prosperar los principales. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 marzo 1992.*)

##### 5. Oposiciones y concursos. Límites a la discrecionalidad técnica del Tribunal Calificador: Desviación de poder; normas de la convocatoria sobre méritos evaluables y puntos a asignar y procedimiento. Procedencia de revisión jurisdiccional.

«En cuanto al fondo, conviene recordar que si bien el Tribunal Calificador llamado a juzgar del concurso-oposición que nos ocupa goza, como todo órgano de selección de su misma naturaleza, de discrecionalidad técnica para valorar,

por lo que aquí interesa, los méritos de los concursantes, sin que el juicio que ha emitido pueda ser sustituido por la Corporación Provincial ni por los Tribunales de este orden jurisdiccional en el ejercicio de su potestad revisora, tal discrecionalidad administrativa se halla limitada, a salvo la desviación de poder, por las normas que la convocatoria establece sobre los méritos evaluables, los puntos a otorgar por cada uno de ellos y el procedimiento que debe seguirse para la apreciación de las condiciones exigidas a los aspirantes y la resolución de las pruebas selectivas.

Pues bien, la actuación del Tribunal Calificador se ha ajustado a las bases de la convocatoria y debe confirmarse, por ello, también en cuanto al fondo de la sentencia apelada.

En efecto, aun prescindiendo del dato relativo a la omisión en las actas de toda referencia acerca del disenso de dos de los miembros del Tribunal sobre la interpretación dada por éste al apartado a) del baremo, omisión que no es sino mera irregularidad formal carente de efectos inválidamente, dicha interpretación, en cambio, y la consiguiente valoración en favor del candidato propuesto de méritos no incluidos en el mencionado apartado del baremo, constituyen una clara infracción de las bases de la convocatoria que, como ley del concurso-oposición, vinculan al Tribunal Calificador, invalidando por ello su actuación.»

«Asimismo afecta a la validez de la resolución administrativa recurrida el hecho de que únicamente figure en acta la puntuación global asignada a cada aspirante en la fase de concurso, sin especificar cuáles hayan sido los puntos concedidos en relación con cada apartado de los que consta el baremo contenido en la base novena de la convocatoria, pues este proceder coloca al recurrente en una clara situación de indefensión al impedirle conocer si los méritos acreditados han sido valorados correctamente con arreglo al referido baremo, al propio tiempo que se alza en obstáculos insalvables para que pueda ser revisada jurisdiccionalmente la aplicación del baremo efectuada por el Tribunal Calificador.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 27 marzo 1992.)

6. *Rectificación de errores. Oposiciones. Puede producirse en cuanto a la suma de las puntuaciones, sin que puedan extenderse a la modificación de la puntuación en cada uno de los ejercicios sin probar la existencia de error.*

En el Recurso Contencioso-Administrativo de que dimanaban las apelaciones deducidas contra la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 16-5-1988, se impugnan por don José Joaquín L. M. la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Zaragoza de 23-1-1987, por la que se desestiman los recursos de reposición interpuestos contra la propuesta de 10-6-1986 del Tribunal Calificador del concurso-oposición convocado para la provisión de plazas de Oficial de 2.ª, Guardas Jurados, del Ayuntamiento de Zaragoza, y la Resolución de la Alcaldía de dicha Corporación de 11-7-1986, que la aprueba, fundándose la desestimación de la reposición en el hecho de «haber sido rectificado en su día el error material que alega el recurrente, y haber sido publicado oportunamente».

«Don José Joaquín L. M. postuló ante la Sala Territorial la anulación del acuerdo del Tribunal Calificador elevando propuesta de adjudicación de las plazas convocadas y de la resolución de la Alcaldía por la que se aprobó dicha propuesta, así como el reconocimiento del derecho a ocupar la vacante núm. 3 de las adjudicadas en turno libre, añadiendo en segunda instancia, con carácter subsidiario, la pretensión de que se eleve a 17.500.000 pesetas la inmediatez que dispone en su favor la sentencia apelada.

Con fecha 10-6-1986 el Tribunal Calificador acordó elevar propuesta de adjudicación de las plazas vacantes a los aspirantes por el orden de la puntuación obtenida, que aparecía recogida en las listas que figuraban en el propio acuerdo, relativas a las calificaciones alcanzadas en los dos últimos ejercicios y a la suma total de los puntos obtenidos.

Pues bien, el examen de esta propuesta, que fue expuesta al público el día 17 del mismo mes, pone claramente de manifiesto la indebida adjudicación de las vacantes núms. 3 y 4 del turno libre a los aspirantes don Manuel M. L. y don José Luis B. S., toda vez que la suma de los puntos obtenidos por los mismos en cada uno de los tres ejercicios de que constaban las pruebas selectivas no arrojaba el total de 14,25 y 14,10 puntos, respectivamente, como se hacía figurar erróneamente en la lista que recogía las puntuaciones totales, sino de 12,25 y 12,10 puntos, que se hallan por debajo de la puntuación total alcanzada por otros cinco aspirantes, entre los que figura el recurrente, que no resultaron seleccionados; error de suma, denunciado en el recurso y constatado mediante una elemental operación aritmética que no puede quedar subsanado por la Administración mediante una nueva redacción del acuerdo del Tribunal Calificador, como la confeccionada con fecha 26-7-1986, en la que, manteniéndose las puntuaciones totales que figuraban en la primera, se rectifican los puntos asignados a los señores M. y B. en el segundo ejercicio, sustituyendo los 5 puntos que cada uno tenía en el Acuerdo de 10-6-1986 por los 7 que aparecen en la versión de 23 de junio siguiente; pues bien, el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo autoriza a la Administración para rectificar en cualquier momento los errores materiales o de hecho y los aritméticos, ello requiere, lógicamente, la previa comprobación del error, y en el presente caso el único error comprobado y no rectificado es el de la suma de los puntos obtenidos en los tres ejercicios, pero no el de uno de los sumandos, cuya existencia no se ha acreditado en ningún momento por la Administración, como le incumbía demostrar, toda vez que sin una prueba concluyente del supuesto error padecido no podían ser alteradas las calificaciones concedidas en el segundo ejercicio y publicadas el 17-6-1986. Y esta prueba no se ha producido al no haber aportado la Administración los exámenes correspondientes a dicho ejercicio —en los que pudieran constar sus calificaciones— ni acreditado de otro modo el error que alega, por lo que la lista con las calificaciones del segundo ejercicio reelaborada el 23-7-1986, sin referencia alguna a su carácter rectificador de la primera, ni constancia de haberse hecho pública, carece de virtualidad para sustituir a la de 10-6-1986, publicada el día 17 siguiente.

En consecuencia procede estimar la apelación interpuesta por don José Joaquín L. M. en lo concerniente a la adjudicación de las plazas núms. 3 y 4 del turno libre, cuya propuesta, en ese concreto extremo, debe ser anulada.»

«No ocurre lo mismo respecto a la declaración de la situación jurídica individualizada pretendida por el señor L. M., consistente en que se reconozca su derecho a ocupar una de las plazas asignadas al turno libre —concretamente, la tercero—, pues el carácter revisor de este orden jurisdiccional impide a la Sala sustituir al Tribunal Calificador en una atribución de su exclusiva competencia como es la de formular la propuesta de los aspirantes seleccionados para ocupar las plazas convocadas sin que el fracaso de la apelación en este particular puede propiciar el éxito de la pretensión indemnizatoria que se articula con carácter subsidiario y que se traduce en la elevación hasta 17.500.000 pesetas de la indemnización que con cargo al Ayuntamiento de Zaragoza dispone la sentencia apelada en cuantía de 2.500.000 pesetas, toda vez que, según se verá seguidamente, dicha indemnización carece por completo de fundamento jurídico.

CUARTO. En su recurso de apelación combate el Ayuntamiento de Zaragoza la indemnización dispuesta en el apartado 3.º del fallo apelado en favor del señor L. M., pretensión impugnatoria que ha de ser atendida no tanto por resultar estimada en lo sustancial la apelación de este último, sino que, en todo caso,

dicha indemnización carece de apoyo jurídico al haberse acordado por la sentencia apelada sin la existencia de acto administrativo impugnado que lo permitiera, pues se trata de indemnización concedida con carácter autónomo, y con infracción del principio de congruencia, ya que el artículo 43.2 de la Ley de la Jurisdicción utilizado al efecto por el Tribunal *a quo* no permitía a éste introducir en el debate una pretensión indemnizatoria que no había sido ejercitada por el demandante.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 11 abril 1992.*)

*7. Derecho a acceder en condiciones de igualdad. Cuerpos docentes. Valoración preferente de la experiencia docente como interinos o contratados. Alcance. Sistema transitorio de la LOGSE.*

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, dispuso en su artículo 19.1, considerado básico por el artículo 1.3, que la selección del personal se efectuará mediante convocatoria pública, a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, sistemas de acceso a la función pública que define y desarrolla el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado aprobado por el Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, no obstante lo cual el apartado 2 de la Disposición Transitoria sexta reconoció al personal contratado e interino el derecho a participar en las pruebas de acceso, respetando los criterios de mérito y capacidad, mediante la pruebas que reglamentariamente se determinen, en las que valorarán los servicios efectivos prestados por este personal, normas que, según el núm. 3 de la misma Transitoria, serán aplicadas por las Comunidades Autónomas al personal contratado administrativo de colaboración temporal dependiente de la misma para acceder a las respectivas funciones públicas de la Comunidad Autónoma y, en el núm. 4, facultó a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas para convocar pruebas específicas destinadas al personal que tuviese la condición de contrato administrativo mediante convocatoria pública con anterioridad al 15-3-1984, siendo desestimadas por Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 27/1991, de 14 de febrero, las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas respecto de dicho precepto por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía y Canarias, con sede, respectivamente, en Sevilla y Santa Cruz de Tenerife.»

«Sin embargo, el artículo 1.º de la mencionada Ley de Reforma de la Función Pública estableció en su núm. 2 que, en aplicación de esta Ley podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades, entre otros, del personal docente e investigador, teniendo aquélla, según señala el núm. 5, carácter supletorio para todo el personal del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación. En efecto, la Ley Orgánica 17/1990, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), de 3 de octubre, dispuso en la adicional novena, apartado 3, que el sistema de ingreso en la Función Pública docente será el de el concurso-oposición convocado por las respectivas Administraciones educativas, valorándose en la fase de concurso, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa, y en la de oposición los conocimientos específicos necesarios para impartir la docencia, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para tal fin, si bien la Transitoria quinta de la LOGSE, al igual que había hecho la Transitoria sexta de la Ley 30/1984 respecto de los funcionarios interinos o contratados, dispuso la celebración de una convocatoria excepcional para adquirir la condición de catedrático y otras tres primeras convocatorias para ingreso en la función pública docente, con dispensa en ciertos casos de la titulación específica exigida, mediante un sistema

de selección —la Ley no menciona el concurso, oposición o concurso-oposición— en el que se valoren los conocimientos sobre los contenidos curriculares que deberían impartir los candidatos seleccionados y su dominio de los recursos didácticos y pedagógicos, así como los méritos académicos, entre los que tendrían valoración preferente los servicios prestados en la enseñanza pública, teniendo en cuenta para la selección de los aspirantes la valoración ponderada y global de ambos apartados, precepto desarrollado por el Real Decreto 574/1991, de 22 de abril, por el que se reguló transitoriamente el ingreso en los Cuerpos de Funcionarios Docentes, y el Real Decreto 575/1991, de la misma fecha, que reguló la movilidad entre Cuerpos docentes y la adquisición de la condición de Catedrático.»

«Establecido y regulado en la LOGSE este sistema transitorio de selección en las tres primeras convocatorias de ingreso en la función pública docente, la cuestión a resolver es, en definitiva, si la atribución de un máximo de 6 puntos por razón de los servicios prestados en la enseñanza excede en forma arbitraria y desproporcionada de la «valoración preferente» de la experiencia previa que ordena la LOGSE, puesto que este precepto legal no es enjuiciable por esta jurisdicción, que debe decidirse en sentido negativo, por tanto desestimatorio de la pretensión ejercitada en el proceso, de acuerdo con la doctrina establecida en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de fecha 18-4-1989, y el examen comparativo de los presupuestos concurrentes en uno y otro caso, señalando al efecto: A) En aquél se trataba de un concurso-oposición para ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración en la Comunidad Autónoma de Extremadura; a éste se le denomina en la LOGSE y Real Decreto sistema selectivo o proceso selectivo sin encasillarlo en ninguno de los tres sistemas tradicionales de acceso a la función pública. B) En el anterior se valoraba como único mérito los servicios efectivos prestados; en este se valora también el expediente académico y otros méritos —estar en posesión de otras titulaciones, el doctorado y la realización de cursos de formación especialización o perfeccionamiento—. C) En aquél la puntuación máxima de 13,5 puntos por servicios prestados, que suponía un 45 por 100 de la que podían obtener los del turno libre, se podía alcanzar con menos de dos años de servicios, a razón de 0,60 puntos por mes de servicios prestados; en éste, para obtener los 6 puntos que como máximo se otorgan por experiencia docente son necesarios cuatro cursos académicos completos, siempre que, en el mejor de los casos, esa experiencia previa haya tenido lugar en la enseñanza pública y en plazas de especialidades correspondientes al Cuerpo al que se opte. D) En aquél, los del turno libre tenían que obtener 5 puntos para superar cada uno de los tres ejercicios de la fase de oposición, mientras que los que habían puntuado en la fase de concurso podían superar la fase de oposición con 2,50 puntos en cada ejercicio, completándolos hasta 5 con la puntuación obtenida en la fase de concurso, que fue precisamente lo que el Tribunal Constitucional estimó como una diferencia de trato no razonable y arbitraria que determinó la estimación de la demanda de amparo; en el caso que se resuelve, por el contrario, en la primera fase eliminatoria todos los aspirantes se encuentran en absoluta igualdad de condiciones, pues a todos se les valoran los conocimientos curriculares y dominio de los recursos didácticos y pedagógicos, el expediente académico y los cursos de formación y perfeccionamiento convocados por las Administraciones Educativas o Universidades, que no son privativos de ningún colectivo y pueden haber sido realizados por aspirantes de uno u otro grupo, siendo necesario para superar esta primera fase haber alcanzado una puntuación mínima conjunta de 5 puntos, pudiendo por tanto obtenerse un máximo de 13 puntos, puntuación de esta primera fase a la que después se suma para determinar el definitivo orden de colocación la otorgada por experiencia previa, con un máximo en el mejor de los casos de 6 puntos, que representan un 31,57 por 100 de los 19 puntos que pueden alcanzarse en total y un 46,15 de los que pueden obtenerse en la primera fase eliminatoria, que no debe considerarse arbitraria y desproporcionada de acuerdo con lo establecido en la citada senten-

cia del Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta que también en este caso se trata de un régimen transitorio excepcional previsto por el legislador y que es la propia LOGSE la que ordena que se otorgue valor preferente a la experiencia previa.»

«Es procedente por lo expuesto la estimación del recurso de apelación interpuesto por la Junta de Andalucía, parcialmente el formulado por la Unión de Sindicatos de Trabajadores de la Enseñanza de Andalucía, que se desestima en cuanto a la pretensión contenida en el apartado *b)* de la súplica del mismo, la revocación de la sentencia apelada y la desestimación del recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por doña Guillermina F. V. y otros contra la Orden de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía de 25-4-1991.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 abril 1992.*)

## II. DERECHOS Y DEBERES

### 1. *Funcionarios. MUFACE. Cónyuge del mutualista. Derechos. Artículos 77 a 79. Reglamento de 18 de marzo 1976.*

El Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Decreto 843/1976, de 18 de marzo, en su capítulo VI, bajo la rúbrica «Asistencia Sanitaria» establece en la Sección 1.ª, artículo 75, en cuanto al objeto y dispensación de la asistencia sanitaria, que ésta se prestará a los beneficiarios de este Régimen Especial, determinándose en la Sección 2.ª, artículos 77, 78 y 79, quiénes son considerados beneficiarios.

El primero de estos artículos, referido a los beneficiarios por enfermedad y accidentes comunes, incluye al cónyuge del mutualista, incluso en los casos de separación legal o de hecho siempre que dependa económicamente del mismo y no tenga derecho el cónyuge por sí mismo a la asistencia sanitaria del mismo alcance a través de alguno de los regímenes que componen el sistema español de Seguridad Social.

El artículo 79, referido a los beneficiarios de la asistencia sanitaria por maternidad, categóricamente afirma en su apartado *d)* «tendrán derecho a la asistencia sanitaria por maternidad, las esposas de los mutualistas titulares», sin ningún otro tipo de condicionamiento, precisando el artículo 86 que la asistencia sanitaria por maternidad comprenderá la asistencia durante la gestión, así como en la parto y puerperio e incidencias patológicas, y la hospitalización en los centros sanitarios propios o concertados.

Del texto legal acabado de contemplar se desprende con inequívoca rotundidad que así como para la asistencia sanitaria por enfermedad y accidentes comunes el cónyuge del mutualista sólo es considerado como beneficiario, si depende económicamente de aquél y además no tenga derecho por sí mismo a la asistencia a través de otro régimen asistencial de Seguridad Social, por el contrario, para la asistencia por maternidad, es reputada beneficiaria la esposa del mutualista titular, bastando, pues, esta condición conyugal para tener derecho a la asistencia médica y hospitalaria, necesaria en tal supuesto, independientemente de que exista o no dependencia económica o la cónyuge parturienta tenga o no derecho a otro régimen de prestaciones similares. De aquí que el apartado 3.12 del concierto de 1983 establecido entre MUFACE y la entidad apelante ASISA disponga la asistencia sanatorial por maternidad de los asegurados y sus beneficiarios, así como la esposa del mutualista en todo caso, como estricta obligación de ASISA. Tal cláusula no es sino la lógica plasmación en tal convenio de los principios asistenciales contenidos en el Reglamento del Mutualismo acabado de exponer.

El principio de derecho «In claris non fit interpretatio», contenido expresamente en la norma del artículo 1281 del Código Civil, sobre interpretación literal de los contratos, en relación al artículo 3 del mismo Cuerpo Legal de interpretación de los preceptos según el sentido propio de sus palabras, veda cualquier otra exégesis de las normas antecitadas al no existir oscuridad ni ambigüedad alguno en las mismas, tal como se afirma en frase poco afortunada en la sentencia apelada. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, 21 diciembre 1991.*)

*2. Promoción interna. El artículo 134.1 RD Legislativo 781/85 tiene su origen en la Ley 30/84, por lo que una modificación de ésta supone la derogación de aquél. Además la modificación de una norma declarada básica supone la derogación de la incompatible con la nueva redacción.*

Superadas las objeciones formales entraremos a continuación a examinar el problema sustantivo, consistente en la contradicción entre el hecho de que todas las plazas hayan sido atribuidas al sistema de promoción interna, mientras que el precepto contenido en el artículo 134.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986 limita esta posibilidad al 50 por 100 de las convocadas, lo que nos obliga, como primera cuestión, a determinar la vigencia de esta norma, teniendo en cuenta que la Ley 23/1988, de 28 de julio, ha dado nueva redacción al apartado primero del artículo 22 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la cual, en su artículo 1.3, considera a aquel apartado como una de las 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. Conforme al texto anterior a la Ley 23/1988, la reserva a promoción interna estaba limitada hasta un 50 por 100 de las vacantes convocadas, límite que ha desaparecido en la nueva redacción, lo que nos obliga a fijar la incidencia que el nuevo texto puede tener en el precepto invocado por el Abogado del Estado para fundar su recurso.

El Real Decreto Legislativo 781/1986 fue dictado al amparo de la Disposición Final primera de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que autorizó al Gobierno para refundir en un solo texto las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. Entre éstas, precisamente por su naturaleza básica, estaba la del artículo 22.1 de la Ley 30/1984, lo que explica que su contenido sustancial fuera reproducido en el artículo 134.1, siendo, por tanto, el origen de su fuerza legal de obligar la propia Ley para la Reforma de la Función Pública, por lo que una variación de ésta en principio implica también la del texto que se había limitado a reproducir el sentido de uno de sus preceptos, por el mero hecho de estar vigente y sin capacidad innovatoria alguna.

Pero es que además la modificación de una norma declarada básica supone la derogación de la incompatible con la nueva redacción y que hubiera sido dictada para dar cumplimiento a aquélla, como acontece en este caso, en el que ha desaparecido un límite legal antes existente. No cabe argumentar que ahora el artículo 22.1 no establece un límite para las vacantes a cubrir por promoción interna, pero que tampoco impide que otra norma lo establezca para determinadas Administraciones Públicas, lo que haría compatible la variación introducida en el artículo 22.1 con el precepto del 134.1 del Real Decreto Legislativo. El Tribunal Constitucional ha señalado «que la función propia de la legislación básica, a la que con este término o con el de bases se refiere el artículo 149 de la Constitución Española en distintos apartados, es la de delimitar el campo legislativo autonómico» (S. 99/1987, de 11 de junio), lo que nos indica que como tal texto básico no puede ser desconocido por la propia norma estatal, que debemos entender derogada si no coincide con la declarada básica, tanto más, por supues-

to, cuando su origen ha sido el de simplemente reproducir el contenido de la básica expresamente modificada. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 enero 1992.*)

### 3. *Catedráticos y Profesores de Universidad a tiempo parcial. Sistema retributivo. Inexistencia de vulneración del derecho a la igualdad.*

Por la representación de don Manuel de D. y U. se formula recurso de apelación contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la antigua Audiencia Territorial de Barcelona de 10-5-1988, que desestimó el recurso contencioso-administrativo en su nombre interpuesto contra liquidación de haberes correspondiente al mes de junio de 1986, efectuada por el Ministerio de Educación y Ciencia, en su condición de Profesor Titular de Universidad, acto que constituye el primero de los sucesivos que al mismo aplicaron el RD 989/1986, confirmados presuntivamente al denegar por silencio administrativo el recurso de reposición contra el formulador; aduciendo como motivos revocatorios de la sentencia objeto del recurso de apelación que nos ocupa, en síntesis, los argumentos alegados en la demanda rectora del proceso en que la misma se dictó, o sea, la ilegal instrumentalización del sistema retributivo con él seguido para remunerar su cargo de Profesor Titular de Universidad, y discriminación sufrida por los Profesores Universitarios con dedicación a tiempo parcial, entre los que se encuentra el recurrente, y los Profesores Universitarios con dedicación a tiempo completo, discriminación que entiende se produce en relación al concepto de *suelo y en relación al concepto de complemento de destino, máxime si se atiende las obligaciones docentes que se imponen a los Profesores Universitarios acogidos al régimen de dedicación a tiempo parcial y se compara con las que realizan los Profesores Universitarios que se someten al régimen de dedicación a tiempo completo.*

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse con reiteración que hace su doctrina complementaria del Ordenamiento jurídico sobre las cuestiones que plantea el presente recurso de apelación, entre otras de sus SS. 13-10-1987, 15-4, 16-6 y 12-7-1988 y 31-1, 5-4 y 6-6-1989, en las que, al igual que en recurso de apelación que se enjuicia se recurría de sentencias que resolvían la impugnación indirecta del RD 989/1986 de 23 de mayo, relativo a retribuciones del Profesorado Universitario concretamente en lo dispuesto en su artículo 5.º, declarándose en la última de las sentencias antes citadas que «el RD 989/1986 tiene su causa en la Disposición Final 11 de la Ley 49/1985, de 27 de diciembre, que ordena al Gobierno que dentro del marco retributivo de la Ley 30/1984 adecue las retribuciones del Profesorado Universitario al nuevo régimen de dedicación definitivo establecido por el RD 898/1985», añadiendo que «en cuanto a la alegada discriminación entre los Profesores a tiempo parcial y a tiempo completo, que en opinión del actor ha reducido indebidamente unos derechos adquiridos y consolidados lo mismo que sustancialmente se argumentó en la primera de las sentencias antes citadas, no cabe afirmar que exista vulneración del artículo 14 de la Constitución, pues la diferencia retributiva se ha establecido precisamente en aras del principio invocado y de justicia conmutativa, dado que no puede pretenderse que perciban una retribución igual quienes aportan distintas actividades, en orden a su duración, a las tareas universitarias»; sentencia en la que asimismo se hace notar que la Ley 30/1984, en el núm. 2.º de su artículo 1.º, dispone que podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente e investigador «y que nada puede impedir que la diferenciación se establezca en la cuantía de las retribuciones básicas, porque la Ley 30/1984 no regula la concreta cuantía de estas retribuciones, sino que viene establecida en la Ley 46/1985, de la que el Real Decreto impugnado es desarrollo y cuyo artículo 20.5 prevé que

cuando, conforme a la normativa vigente, el funcionario realice una jornada inferior a la normal, se reducirán las retribuciones en la proporción que corresponda; siendo de observar que el RD 989/1986 mantiene los conceptos retributivos del artículo 23 de la Ley 30/1984, y en nada contradice el artículo 24 de esta Ley. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 29 enero 1992.*)

4. *Ascenso. General Auditor. Ley 6/1988. Aspectos reglados y discrecionales. La decisión final del Gobierno, por entrañar una cuestión de discrecionalidad técnica, escapa al control jurisdiccional.*

El acto originariamente impugnado es el Real Decreto 766/1988, de 15 de julio, por el que se promueve al empleo de General Auditor del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa a un compañero del recurrente. La impugnación se extiende, de conformidad con lo establecido en el artículo 55.1 de la Ley de esta Jurisdicción, al Acuerdo del Consejo de Ministros de 28-10-1988, que desestima el recurso de reposición.

En la demanda, invirtiéndose el orden de las pretensiones que diseñan los artículos 41 y 42 de la expresada Ley, se postula, en primer lugar, después de solicitarse la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las indicadas resoluciones, que se acuerde la promoción al referido empleo del recurrente, añadiéndose a continuación «con anulación, o sin ella, del Real Decreto y acuerdo antes detallados».

Se hacen estas precisiones porque sólo la pretensión enderezada a obtener la anulación de los actos recurridos puede ser objeto de consideración, no la formulada en primer lugar, ni aún en la hipótesis de que la anulación postulada, en términos alternativos, pudiera ser acogida, ya que el ascenso a General Auditor —como seguidamente se verá— tiene lugar por elección, en la que están interesados, además del recurrente, todos los Coroneles Auditores clasificados para el ascenso.

Así lo exige, por lo demás, la necesidad de preservar la competencia del Consejo de Ministros para discernir entre los interesados la promoción al generalato y el correlativo límite de la potestad revisora de este Tribunal.

SEGUNDO.—Puntualizado esto, conviene comenzar el análisis del recurso dejando constancia del régimen de ascensos a los empleos de Oficial General, en lo que aquí interesa al empleo de General Auditor del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, régimen jurídico en el que concurren elementos reglados junto a otros de carácter discrecional.

Como se infiere de los artículos 8.º y 9.º de la Ley 6/1988, de 5 de abril, de creación del expresado Cuerpo, en vigor desde 8 del mismo mes —día siguiente a su publicación en el «BOE», es D. F. 4.ª— y por ende cuando se dictó el Real Decreto recurrido, la promoción a General Auditor tiene lugar previa clasificación, por la Junta de Oficiales Generales del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, de todos los Coroneles Auditores que reúnan las condiciones de aptitud para el ascenso, que a la sazón se concretaban en haber cumplido el tiempo mínimo de servicios efectivos en el empleo de Coronel —un año, ex D. T.ª 4.ª— y tener superado el Curso de Aptitud para Mandos Superiores de los Cuerpos.

Cumplidos estos requisitos de carácter reglado, condiciones de aptitud para el ascenso y clasificación por la mencionada Junta, a quien incumbe informar sobre la idoneidad y prelación para el ascenso de todos los clasificados, la promoción al empleo de General Auditor, con ocasión de vacante que se dé al ascenso, es discrecional, tiene lugar por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa, por elección entre todos los Coroneles Auditores clasificados para el ascenso, sistema que comporta la atribución al Gobierno,

en los términos expresados, de una competencia exclusiva para discernir quién, entre aquéllos, es el idóneo para ser promocionado, juicio que por no entrañar una cuestión de legalidad, sino de discrecionalidad técnica, de valoración última de las condiciones de idoneidad y prelación para el ascenso de que concretamente se trata, escapa al control jurisdiccional, a salvo la existencia de desviación de poder o arbitrariedad en el ejercicio de esta potestad.

Por lo demás, baste añadir que el sistema de elección, así entendido, no colisiona con los preceptos constitucionales que se invocan con la demanda. Y que, por otro lado, este sistema es el tradicional en nuestro ordenamiento militar para el ascenso a los empleos de Oficial General y también el que acoge la Ley 17/1989, de 19 de julio, de Régimen del Personal Militar Profesional, en sus artículos 82.1.c), 83.3 y 86.1. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 7 febrero 1992.*)

##### 5. *Retribuciones. Fuerzas Armadas. Legalidad del Real Decreto 359/89 que establece las retribuciones básicas y complementarias.*

La pretensión principal que se formula en la demanda, encaminada a obtener la declaración de nulidad total del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, de *Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas*, debe ser rechazada por no exponerse las razones en que se basa dicha impugnación, pues las efectuadas se refieren a preceptos concretos, especialmente referidos a las cuantías de los complementos de destino y específico asignados a los empleos de Teniente y Subteniente, así como al personal militar en situación de reserva activa que no ocupa que no ocupa destino o en situación de reserva transitoria.

Para enjuiciar la legalidad de los preceptos objeto de la pretensión subsidiaria debe partirse de lo establecido en la Disposición Final Segunda de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, que aprobó los Presupuestos del Estado para 1989, por la que se autoriza al Gobierno para adecuar el sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas al de los funcionarios civiles de la Administración del estado, adaptándolo a «la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la Carrera Militar y las singularidades de los cometidos que tienen asignados».

Las peculiaridades de esa adaptación ya se reflejan, aunque sea cuestión ajena a este proceso, en la fijación del sueldo, pues mientras el artículo 25 de la Ley 30/1984 establece los grupos de clasificación de los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías en función de las titulaciones académicas exigidas para el ingreso de los funcionarios civiles, en cambio el artículo 3.2 del Real Decreto impugnado lo establece por grupos de empleos militares. Ciertamente que el artículo 1 de la Ley 97/1966, de 28 de diciembre, reconoce a la enseñanza superior militar igual rango que la universitaria y técnica superior, pero en el Grupo A incluye desde General de Brigada/Contraalmirante a Teniente/Alferez de Navío, siendo así que algunos de los empleos militares comprendidos en dicho grupo pueden alcanzarse sin haber cursado la enseñanza superior militar, lo que ya pone de relieve que para la fijación de los demás conceptos retributivos el Gobierno no está sujeto a unos criterios rígidos preestablecidos, sino a otros genéricos que habrán de concretarse conjugando la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos asignados.

En lo que se refiere a los niveles de complemento específico que se fijan, respectivamente, en los apartados 2 y 3 del artículo 4.º, el último determinado cuantitativamente en el Anexo I, se tiene en cuenta como elemento primordial el empleo militar, lo que no impide que puedan establecerse determinadas particularidades en función de los otros dos criterios, es decir, las peculiaridades de la carrera militar y singularidad de los cometidos que tienen asignados, que en cuanto aquí interesa se traduce en la fijación para los Subtenientes de un nivel de

complemento de destino y de un complemento específico superior al fijado para el empleo de Teniente, que persigue como finalidad, según pone de relieve la memoria justificativa del proyecto, «evitar el trasvase automático entre Escalas con el único objetivo de mejorar retribuciones sin tener en cuenta las necesidades funcionales de las Fuerzas Armadas», ofreciendo así a los Suboficiales un estímulo económico para alcanzar, y permanecer en su caso, en los empleos superiores de su Escala.

Debe añadirse además: A) Que la fijación del nivel 20 de complemento de destino al empleo de Teniente y nivel 22 al empleo de Subteniente están dentro de los intervalos de niveles establecidos en el artículo 25 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración del Estado entonces vigente para los grupos A y B. B) Que el nivel de complemento de destino se fija por razón de empleo y no en función del puesto de trabajo que se desempeña, pues para éste el artículo 4.3., párrafo segundo, establece la posibilidad de complementos específicos singulares por razón de mayor responsabilidad, dificultad técnica, peligrosidad o penosidad del puesto desempeñado. C) La asignación de un complemento de dedicación especial al empleo de Teniente procedente de Subteniente no es argumento en que puede fundamentarse la ilegalidad del Real Decreto impugnado, pues aquí se juzga la legalidad de la citada disposición reglamentaria, sin entrar a examinar las razones jurídicas o de otro orden por las que se concede un complemento que no es objeto de controversia en el proceso.

La Disposición Adicional Primera del Real Decreto impugnado establece que las equivalencias de empleos militares con los grupos de clasificación de Cuerpos y Escalas y con los niveles de puestos de trabajo correspondientes a los funcionarios del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, los son a los sólo efectos retributivos, como no podía ser menos en una disposición reglamentaria que, como se deduce de su propia denominación y ratifica el preámbulo, tiene como finalidad única regular el sistema retributivo del personal de las Fuerzas Armadas, que además tienen en otros aspectos, por razón de la naturaleza de su función, organización, etc., su normativa específica, no estando incluidos en el ámbito de aplicación establecido en el artículo 1.º.1 de la Ley 30/1984, sin perjuicio del carácter que la misma pudiera tener de acuerdo con el núm. 5 del mismo artículo, y sin que sea necesario reiterar con motivo de la impugnación de esta disposición los razonamientos ya expuestos respecto de los principios inspiradores del sistema retributivo de las Fuerzas Armadas y peculiaridades que presente respecto de los funcionarios civiles de la Administración del Estado.

El artículo 1.º del Real Decreto dispone que el mismo será de aplicación a los militares profesionales y a los Oficiales y Suboficiales que, no teniendo carácter de profesionales, se encuentren prestando servicio activo, lo que no es óbice para que la Disposición Adicional Segunda establezca para los no profesionales determinadas particularidades en cuanto al porcentaje de sueldo a percibir y no devengo de trienios, sin que del hecho de que el Real Decreto regule el régimen retributivo de unos y otros pueda obtenerse como consecuencia obligada que sus retribuciones hayan de ser idénticas, al igual ocurre con el artículo 8, en el que se concretan las diferentes retribuciones correspondientes a las diversas situaciones en que puede encontrarse el personal militar.

La Disposición Transitoria Tercera y la Final Cuarta establecen, de acuerdo con el nuevo sistema retributivo, la absorción de la totalidad de las retribuciones correspondientes al régimen retributivo hasta entonces vigente, disponiendo que cuando el total anual de las mismas, con exclusión del actual concepto retributivo de gratificaciones por servicios especiales o extraordinarios, experimenten una disminución, tendrán derecho a un complemento personal y transitorio, que será absorbido por cualquier mejora retributiva posterior, garantizándose de esta forma los derechos adquiridos sobre el total de las retribuciones que se venían percibiendo, sin infringir tampoco ningún otro derecho constitucional.

Finalmente, la Resolución de la Subsecretaría de Defensa de 14-4-1989 y los Anexos que se citan en la súplica del escrito de demanda se limitan a precisar y cuantificar lo establecido en los preceptos impugnados del Real Decreto, debiendo seguir, por las mismas razones expuestas para aquéllos, igual suerte desestimatoria. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 12 febrero 1992.*)

*6. Retribuciones. La Ley 30/84 sustituyó el sistema de retribuciones cerrado o corporativo por el abierto o de puestos de trabajo. La percepción de retribuciones complementarias correspondientes a un determinado, sólo puede producirse cuando tal puesto se halla dotado como tal con dichos complementos y el funcionario este adscrito al mismo.*

En el ordenamiento de la función pública, el sistema de estructuración cerrado o corporativo fue sustituido, a partir de la Ley 30/1984 de Medidas para su Reforma, por el denominado abierto o de puestos de trabajo, con su consiguiente dimensión retributiva al ir aparejado al puesto de trabajo determinada retribución de carácter complementario y, de modo concreto, el complemento de destino con carácter general, y en determinados casos el complemento específico en función de las singulares características (condiciones particulares en la terminología de la Ley) del mismo, conforme al artículo 23.3 de la mencionada Ley. Este esquema es seguido por la regulación de la función pública en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que, a través de su Ley Regional 5/1985, de 26 de junio, vigente en la fecha del litigio, lo recoge en el artículo 95.3 y lo proclama enfáticamente en el Preámbulo del texto legal, a cuyo tenor: «Ha sido intención del Consejo de Gobierno establecer un modelo de estructura que, siendo respetuosa con la legislación básica, descansen en los puestos de trabajo más que en el viejo sistema corporativo, de modo que se robustece la promoción interna y se favorece la carrera administrativa, al tiempo que se aseguran los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de los funcionarios». Pues bien, en desarrollo de estos postulados, el Decreto Regional 43/1987 puso en marcha el sistema de puestos de trabajo en la Administración autonómica y elaboró el Catálogo o relación de puestos de trabajo en la misma, produciendo actos de adscripción formal de los funcionarios a concretos puestos de trabajo, ya con sus retribuciones asignadas, y por lo que al caso concierne, el funcionario del Cuerpo de Agentes de Extensión Agraria, destinado en la Agencia Comarcal del Servicio de Extensión Agraria de Hellín (Albacete), en su día transferido a la Comunidad Autónoma de referencia, fue adscrito al puesto de «Agente Comarcal de Extensión Agraria» en dicha localidad, con nivel 18 y correlativo complemento de destino, y con complemento específico de 265.000 pesetas al año, lo que se produjo mediante Orden de 15-10-1987 («Diario Oficial de la Comunidad» de 20 de octubre siguiente), y ulteriormente fue adscrito de manera provisional al puesto de trabajo de «Jefe de Equipo de Agencia de Extensión Agraria», dotado del superior nivel 22 y complemento específico de 339.000 pesetas, retribuciones que vino percibiendo desde el 1-4-1988, al ser adscrito en fecha 2 de marzo y tomar posesión del referido puesto de Jefatura en 16-3-1988. Desde estos datos, la Sala de Albacete reconoce los haberes retributivos complementarios del puesto de Jefatura durante todo el período comprendido entre el 1-1-1987 al 31-3-1988, por entender que, aún sin acto de adscripción formal a dicho puesto de trabajo, lo desempeñó de hecho y con conocimiento de la Administración Autonómica demandada. Así las cosas, hay que partir de que el puesto de trabajo de Jefe de Equipo de Agencia Comarcal es una innovación creada por el referido Decreto 43/1987 que aprueba el Catálogo de puestos de trabajo, cuyas dotaciones retributivas sólo válidamente pueden percibirse a partir de su establecimiento, y de aquí que aun desempe-

ñando de hecho el mencionado puesto en el período comprendido entre 1-1-1987 y 30 de septiembre del mismo año el funcionario señor G. V. fuera retribuido con las dotaciones que en tal momento tenía asignadas dicho puesto, y a partir de esta última fecha, es decir, desde octubre de 1987, sólo pudiera tener derecho a los complementos de destino y específico asignados al puesto de trabajo ya creado y al que fue inicialmente adscrito de Agente Comarcal, sin poder pretender tampoco en este último período retribuciones complementarias superiores propias de un puesto de trabajo, como el de Jefatura, al que no se hallaba aún adscrito, pues el acto de formal adscripción al puesto de Jefe de Equipo sólo se produjo, y con carácter provisional, el 2-3-1988, según está adverbado en las actuaciones procesales. Quiere decirse que la percepción de retribuciones complementarias asignadas a un determinado puesto de trabajo sólo pueden percibirse cuando tal puesto se halla dotado como tal, con dichos complementos y en tanto se produce una adscripción al mismo funcionario que reclama los haberes, y no concurriendo estas circunstancias, por lo expuesto, en el funcionario antes aludido y por lo que concierne al período temporal en el que la Sala de instancia le reconoce las diferencias retributivas ha de estimarse errónea y gravemente dañosa la tesis de dicha sentencia, pues la eventual reiteración del criterio jurisdiccional impugnado causaría quebranto económico para el interés público y el erario de la Administración Pública demandada, lo que justifica la estimación del recurso extraordinario y la fijación de doctrina legal en los matizados términos que se han dejado expuestos, con respeto de la situación jurídica particular reconocida por el fallo apelado, según previene el artículo 101.4 de la Ley de esta Jurisdicción. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 12 marzo 1992.*)

#### 7. Casas Militares. Nulidad parcial de Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre.

En el presente recurso contencioso-administrativo y por la representación procesal de don Salvador M. E. y otros se impugna el Real Decreto 1751/1990 aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de diciembre de dicho año con fundamento en la habilitación de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, por el que se crea el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y suprime el Patronato de Casas Militares del Ejército de Tierra, el Patronato de Casas de la Armada y el Patronato de Casas del Ejército del Aire y se dictan normas en materia de Casas Militares.

Esta Sala, en su S. 16-3-1992, al decidir el Recurso núm. 628/1991, en el que se impugnaba también el citado Real Decreto, viene a resolver, respecto de las cuestiones que aquí se suscitan, en los términos que a continuación genéricamente se reproducen. Así, empezando con el examen de las cuestiones de índole formal generadoras de posible nulidad de la disposición impugnada, planteadas en esta litis, bien por los recurrentes o por esta Sala al hacer uso del artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción, procede entrar a conocer de la problemática suscitada por la falta de audiencia de las asociaciones afectadas por el Real Decreto 1751/1990 en el proceso de elaboración.

La jurisprudencia de este Alto Tribunal ha fluctuado en la calificación de este trámite de audiencia considerado en las SS. 6-12-1966, 20-6-1979 y 17-10-1978, como facultativo, de observancia discrecional, no afectando su inobservancia a la validez de la disposición general administrativa, pero no es menos cierto que la más moderna jurisprudencia contenida en las SS. 16-5-1972, 7-5-1987, 19-5-1988, 5-2-1990 y 22-5-1991, ha mantenido que el trámite de informe razonado de las entidades corporativas y representativas de los intereses afectados por tales disposiciones, que establece el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Adminis-

trativo equivale y sustituye al de audiencia a los interesados que respecto del procedimiento común preceptúa el artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo de suerte que su cumplimiento no constituye formalidad accesorias sino requisito y garantía esencial ligada a la validez del resultado del procedimiento elaborativo, postura reforzada por nuestra Constitución, que en su artículo 105 establece que la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, y es claro que mientras no se dé cumplimiento a este mandato constitucional y se publique una nueva ley resulta obligada la aplicación del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que preceptúa que siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje se concederá a la organización sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer, pero, no obstante, a tenor de este precepto y tal como matizan las Sentencias de este Tribunal de 19 de enero y 22 de mayo 1991, ello no significa que en la elaboración de tales disposiciones hayan de ser oídas cuantas asociaciones se constituyan, pues solamente ha de exigirse esta audiencia cuando se trate de Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo, cualidades que no ostentan las entidades interesadas que no representen intereses de carácter general dado su ámbito de actuación ni corporativo reconocido por la ley.

En cuanto a la planteada posible caducidad de la autorización legal por haberse publicado el Real Decreto antecitado en 22-1-1991 tampoco puede ser estimada porque la autorización deslegalizadora emana del artículo 80 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1990 y este precepto no contiene la delegación legislativa que según el artículo 82 de la Constitución requiere la fijación de un determinado plazo para su ejercicio. La norma habilitadora de la Ley de Presupuestos pone de relieve que lo en ella contemplado es una deslegalización, es decir, una degradación del rango de las normas que regulan la adjudicación y uso de las viviendas militares atribuyéndoles carácter reglamentario y posibilitando que el Gobierno pueda hacer en ellas las modificaciones o derogaciones que estime pertinentes dentro de los condicionamientos especificados de la normativa anterior con rango de Ley.

Es obvio que tal habilitación deslegalizadora no contiene en sí misma plazo para su ejercicio, si bien al estar contenida en la Ley de Presupuestos para 1990 el ejercicio de las facultades habilitadas ha de producirse dentro del citado año.

El nacimiento y validez del Real Decreto materializador de tal habilitación se produce con su aprobación por el Consejo de Ministros verificado el 20-12-1990 dentro del lapso temporal propio de la Ley Presupuestaria.

La publicación de tal norma reglamentaria no afecta a su validez, sino a la publicidad inherente a la necesaria eficacia jurídica frente a terceros de la misma, cuya válida existencia ha de ir referida a su aprobación sin que ningún precepto constitucional o legal condicione el ejercicio de la facultad deslegalizadora a la publicación de dicha norma.

La Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos del Estado, en su Título VIII, Capítulo I y artículo 80, sobre Reordenación de Organismos Autónomos y Entidades Públicas, autoriza al Gobierno durante 1990 para que mediante Real Decreto proceda a suprimir Organismos Autónomos y Entidades Públicas creadas por Ley, así como refundir o modificar su regulación respetando en todo caso los fines que tuvieren asignados y los ingresos que tuvieran adscritos como medios económicos para la obtención de los fines mencionados. Como ya hemos apuntado, esta norma legal integra la figura jurídica de la deslegalización de una determinada materia consistente en la autorización al Gobierno para que a través del ejercicio de su potestad reglamentaria pueda en el futuro disponer la regulación de tal materia anteriormente reglada por ley ordinaria mediante el mecanismo de

modificación o derogación de tal norma legal. El Reglamento emanado de la técnica deslegalizadora no desarrolla una ley anterior, sino que supone una regulación propia e innovadora de la materia deslegalizada. Naturalmente que tal virtualidad no puede extenderse a regular materias constitucionalmente sometidas de modo expreso al principio de reserva de Ley.

Los recurrentes entienden que el Real Decreto 1751/1990 es nulo porque el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas no respeta los fines de los Patronatos de Casas Militares, vulnerando así lo prevenido en la autorización de la Ley 4/1990, poniendo en duda la validez de que tal autorización se contenga en una Ley de Presupuestos. El artículo 80 de esta Ley 4/1990 se encuentra contenido en el Título VIII bajo la rúbrica «Disposiciones sobre la organización y los sistemas de gestión económica y financiera del Sector Público», y respondiendo a esta finalidad no hay razón para estimar que no debe formar parte del contenido propio de una Ley de Presupuestos autorizar al Gobierno al objeto de contribuir a la racionalización y reducción del gasto público a refundir o modificar la regulación de los organismos autónomos y entidades públicas creadas por Ley, como así se hizo al crear el INVIFAS organismo autónomo adscrito y dependiente del Ministerio de Defensa, y a tenor de lo argumentado por la parte recurrente hemos también de resaltar que el Real Decreto recurrido guarda relación con la materia económico-presupuestaria, pues los aspectos organizativos del órgano de nueva creación, el régimen de cesión en uso de acceso a la propiedad de viviendas, la fijación del canon retributivo y las compensaciones económicas sustitutorias inciden en la política económico-presupuestaria del Estado a través del referido Ministerio de Defensa.

Los recurrentes predicán la nulidad radical del Real Decreto 1751/1990 en base a que en el mismo no se han respetado los fines que tenían asignados los Patronatos de Casas Militares por las leyes de su creación, tal como se establecía en la norma habilitante de la Ley de Presupuestos.

La finalidad propia y directa de los respectivos Patronatos de Casas Militares de los Ejércitos de Tierra Mar y Aire está perfectamente explicitada en el artículo 2 de las respectivas Leyes organizadoras de los Patronatos de 8-7-1963, 12-5-1960 y 28-12-1966, donde con ligeras variantes de redacción, irrelevantes a los efectos aquí contemplados, se expresa de modo genérico que tendrán como fines propios y directos de su función la construcción, adquisición, adjudicación y administración de viviendas para su cesión en arrendamiento especial, o con acceso a la propiedad, al personal de tales Ejércitos, en activo, reserva, retirando o jubilado y a sus causahabientes con derecho a pensión sin mayores especificaciones sobre criterios de adjudicación u orden de prelación respecto de tales categorías. Pero el artículo 54 del Reglamento del Patronato de Tierra, de 31-10-1975, categóricamente afirma que el disfrute de tales viviendas al personal indicado se condiciona a las necesidades del servicio debidamente especificadas por el Ministerio del Ejército en las normas vigentes o que se dicten. Del mismo tenor es el contenido del artículo 2.º, apartado f), en relación con el a) del Reglamento de Marina de 17-11-1960 al indicar que el Patronato cumplirá la finalidad antecitada respecto del personal en reserva o retirado, viudas o huérfanos, cuando cubiertas las necesidades del personal en activo sus disponibilidades económicas se lo permitan, reiterando dicho orden de preferencia el artículo 53, criterio nuevamente ratificado en el Reglamento de Adjudicación y Uso de 13-3-1972, artículos 1.º y 2.º.

Y similares referencias a la subordinación de satisfacer las necesidades del personal en activo se contienen en el apartado 3.º del artículo 4 del Reglamento para régimen y adjudicación de viviendas del Ejército del Aire, de 15-8-1949, y en la norma novena de la Orden de 21-2-1970, así como en el artículo 4 del Reglamento del Patronato del Aire 29-10-1970. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, 17 marzo 1992.*)

Las conclusiones derivadas de lo acabado de expresar se materializan en el hecho de que la legislación reguladora de los citados Patronatos de Casas Milita-

res tenía por finalidad primordial la de satisfacer las necesidades de vivienda del personal militar en activo y también la del resto del personal y causahabientes, si bien de modo subordinado a las necesidades del servicio y a la dotación de viviendas a los militares en activo.

El Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, tal como preceptúa el artículo 4 y a través del creado Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas —adscrito al Ministerio de Defensa— tiene por finalidad la cobertura de las necesidades de vivienda del personal militar de carrera en situación de servicio activo facilitándole —artículo 16— vivienda militar de apoyo logístico, si bien en los artículos 43 y 44 especifica que las viviendas militares no calificadas como de apoyo logístico podrán ser destinadas al uso por personal vinculado a las Fuerzas Armadas, apoyándose también las acciones que permitan la constitución de asociaciones y cooperativas que ejecuten programas de construcción de viviendas en propiedad para personal militar, cualquiera que sea su situación administrativa.

Es evidente, pues, que el Real Decreto impugnado enfatiza de modo prevalente, y aún más rotundo que la normativa anterior de los Patronatos de Casas Militares, la finalidad de la cobertura de provisión de vivienda al personal en activo precisamente y tal como se expresa en su Preámbulo en aras de su movilidad geográfica y atendiendo a razones de operatividad de los Ejércitos en lógica armonía con el papel básico de éstos, que, según el artículo 8 de la Constitución, tienen como misión fundamental la de garantizar la soberanía e independencia de España, así como defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, pero también provee, aunque de un modo más difuminado, en su expresión formal y subordinado a las necesidades de viviendas del personal en activo a facilitar el acceso a la propiedad y al uso de ellas al resto del personal militar cualquiera que sea su situación, así como, al vinculado a las Fuerzas Armadas, en los que cabe incluir a todos los beneficiarios de viviendas militares contemplados en la legislación anterior de los Patronatos. Es claro que, salvo diferencias de matiz accidentales, la finalidad perseguida por el Real Decreto 1751/1990 es sustancialmente igual a la de la normativa anterior, por lo que aparece cumplida la condición impuesta en la norma habilitante de la Ley de Presupuestos sobre la identidad de fines mantenida en el Real Decreto impugnado, cuyos artículos 1 y 2 ponen de relieve que el cumplimiento de tales fines ha pasado en gran manera a ser gestionado por el Ministerio de Defensa frente a la amplia autonomía gestora de los anteriores Patronatos de Casas Militares, por lo que en el aspecto orgánico-funcional no se han respetado íntegramente los mecanismos instrumentales del cumplimiento de los fines, pero tal variación no implica en modo alguno la desviación de los fines perseguidos por los Patronatos, prohibida por el artículo 80 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, que a su vez autoriza a modificar la regulación de éstos, por lo que tal reforma funcional se encuentra comprendida dentro del ámbito material habilitante de la Ley de Presupuestos.

La eficacia deslegalizadora del artículo 80 de la Ley 4/1990 se extiende a la materia regulada en la legislación de los Patronatos de Viviendas Militares, como ya hemos referido, en virtud de la cual la Disposición Adicional primera del Real Decreto 1751/1990 suprime los organismos autónomos Patronatos Militares de Tierra, Armada y del Aire, lo que supone de hecho la abrogación de las respectivas leyes organizadoras de los mismos al devenir inexistente su objeto. La materia regulada en el Real Decreto impugnado no incide en la Ley de Arrendamientos Urbanos ni en las Leyes de viviendas de protección oficial, como de contrario se expresa en la demanda, porque tanto el Reglamento de 31-10-1975, artículo 57, como el artículo 55 del Reglamento de 29-10-1970 y el 13-3-1973, artículo 7, configuran las sesiones en uso de las viviendas militares como arrendamientos especiales excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de conformidad también con lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que excluye de su régimen aplicativo las viviendas que

los empleados y funcionarios tuvieren asignadas por razón del servicio prestado o en razón del mismo tal como acontecía en todo el sistema de disfrute de viviendas de personal militar contemplado en la normativa de los Patronatos. La misma conclusión se infiere respecto de las viviendas de protección oficial, pues si bien tales Patronatos han podido beneficiarse de dicho régimen en la construcción de viviendas para la aplicación de sus fines específicos ello no implica alteración de las relaciones jurídicas entre esos organismos y los beneficiarios de Casas Militares, ya que la Disposición Adicional del Real Decreto 1631/1980, de 18 de julio, sobre adjudicación de viviendas de protección oficial cuya titularidad corresponda a Organismos Autónomos o al Estado, excluye del ámbito de su aplicación las destinadas a personal militar, y el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, en sus artículos 12, 49 y 53 sobre construcción financiación, uso, conservación y aprovechamiento de Viviendas de Protección Oficial, preceptúa que los Patronatos de Casas Militares afectos al Ministerio de Defensa se registrarán en cuanto a su régimen legal y fijación de rentas por su legislación peculiar conforme a las normas orgánicas de los propios Patronatos.

La facultad derivada de la norma habilitante del artículo 80 antecitado, para modificar la regulación de los Organismos autónomos creados por Ley posibilita y determina la corrección jurídica de los preceptos del Real Decreto impugnado para la fijación del canon a satisfacer por el uso de viviendas concretada en la Disposición Adicional doce, así como la especificación de las causas de desalojo de las viviendas de apoyo logístico contenidas en los artículos 32 a 34 emanadas de la especialidad de la relación arrendaticia que tiene su causa en la necesidad de la adecuada prestación de los servicios militares que además, con muy ligeras variantes, son similares a las previstas en la anterior regulación de los Patronatos de Viviendas Militares, lo que también es predicable del llamado procedimiento administrativo de desahucio del artículo 35, siendo de notar que el mismo se establecía en el artículo 32 de la Ley de 15-7-1954 y reconocido en los Decretos 30 de abril, 14 y 28 de octubre 1965, en relación con las viviendas de los Patronatos de Casas Militares de Tierra, Aire y Mar, respectivamente, que se mantuvieron vigentes hasta el Decreto 2114/1968 e incorporados ahora en el artículo 35 del Real Decreto impugnado.

Por las mismas razones y frente a lo alegado por los recurrentes se entienden ajustadas al ámbito habilitante del artículo 80 los artículos 1, 4, 6, 15, 17 a 29, 44 y 45 del tan repetido Real Decreto 1751/1990, que en modo alguno están en contradicción con la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Arrendamientos Urbanos, Leyes sobre viviendas de Protección Oficial y creadoras de los Patronatos de Viviendas Militares.

Los artículos 37 a 41 del Real Decreto 1751/1990 regulan el abono de una compensación económica mensual al personal militar de carrera que haya solicitado vivienda militar de apoyo logístico y no haya podido acceder a ella por carencia de las mismas en la localidad de su destino, aduciendo que tal compensación constituye elemento esencial del régimen estatutario de la función militar que según el artículo 103.3 de la Constitución es objeto de reserva de ley por lo que esta materia queda sustraída a la normación reglamentaria.

La Sala entiende que esta compensación económica no está integrada en el régimen retributivo de los militares porque su percepción no tiene naturaleza retributiva de ningún servicio prestado ni ostenta carácter de generalidad ni forma parte del sistema de retribuciones básicas o complementarias de la Ley de Medidas de 2-8-1984, ni de las indemnizaciones por razón del servicio del Real Decreto de 4-3-1988, por lo que no formando parte la referida compensación del régimen retributivo de los militares no esta sometida su percepción al principio de reserva de Ley.

El artículo 5.2 del Real Decreto autoriza al INVIFAS a enajenar, gravar y arrendar locales, edificios y terrenos a Entidades Públicas y a particulares.

La Ley de Patrimonio del Estado de 15-4-1964, en su artículo 84 establece que

los bienes inmuebles propiedad de los Organismos autónomos que no sean necesarios para el cumplimiento de sus fines se incorporarán al Patrimonio del Estado.

Es evidente que la facultad otorgada en el citado artículo 5.2 no puede referirse a las viviendas militares de apoyo logístico que el artículo 6 del Real Decreto integra en el dominio afecto al Ministerio de Defensa, y por tanto no son propiedad del organismo autónomo INVIFAS, ni a los demás inmuebles del Patrimonio del Estado, adscritos al mencionado organismo para el cumplimiento de sus fines, conforme a lo establecido en el artículo 80 de la Ley del Patrimonio.

Respecto de los bienes propios de dicho organismo autónomo el precepto del artículo 5.2 establece un régimen de enajenación opuesto al contemplado en el artículo 84 de la Ley del Patrimonio, puesto que si son necesarios para el cumplimiento de los fines de INVIFAS han de ser aplicados a éstos, y si no lo son han de incorporarse al Patrimonio Estatal y tal disparidad de criterios ha de solucionarse mediante la estricta aplicación de la Ley del Patrimonio, determinando ello la nulidad del artículo 5.2 del Real Decreto 1751/1990 porque la Ley del Patrimonio del Estado constituye una disposición específicamente reguladora del sistema general del régimen jurídico del Patrimonio del Estado de obligado cumplimiento, y por ello para que una norma de la Ley General de Presupuestos pueda habilitar a la enajenación de inmuebles objeto de regulación en la Ley Patrimonial es preciso que de modo expreso y terminante así lo disponga, lo que no acontece con el precepto habilitante del artículo 80 de aquélla, extendiéndose tal nulidad a la Disposición Adicional segunda del Real Decreto sólo en lo referente a la enajenación de los bienes inmuebles acabados de referir.

Igualmente procede decretar la nulidad del artículo 36 del Decreto impugnado que para el supuesto de desalojo de la vivienda y transcurrido el plazo concedido para ello, sin haberse efectuado, contempla la dación de conocimiento del incumplimiento de la resolución de desalojo al Mando o Jefatura de Personal a los efectos de la Ley Orgánica de 27-11-1985 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Este precepto no extiende los ámbitos de aplicación subjetiva y objetiva de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, porque ésta, y en virtud de los principios de legalidad y antijuricidad tipificada, ha de ser objeto de aplicación exclusiva a las personas y actos en ella contemplados, sin que el contenido del citado artículo incardine ningún nuevo tipo de infracción ni en el aspecto subjetivo extienda la posible responsabilidad más allá del contorno personal explicitado en la Ley Orgánica 12/1985, como lo pone de relieve la locución «y en su caso, se dará conocimiento a...». Bajo este aspecto, dicho precepto sería en realidad superfluo e innecesario.

Pero el inciso final, «sin perjuicio de que se adopten las medidas procedentes para el inmediato desalojo de la finca», remite, lógicamente al procedimiento legalmente establecido para proceder al desalojo de la vivienda arbitrando un nuevo instrumento de ejecución coercitiva, al introducir en el mismo de un modo gratuito la *vis compulsiva* inherente a la prevención de un expediente disciplinario, lo que supone la inclusión en el normal proceso legal de desalojo o desahucio de una finca urbana de un elemento de coacción personal contenido en una norma de naturaleza reglamentaria para la que no existe la habilitación legal derivada del artículo 80 de la Ley Presupuestaria, lo que determina la nulidad de tal artículo en la redacción del mismo referida al párrafo «transcurrido el cual sin que éste se hubiese efectuado y en su caso se dará conocimiento del incumplimiento de la Resolución al Mando o Jefatura de Personal respectivo a los efectos previstos en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de que se adopten las medidas procedentes para el inmediato desalojo de la vivienda».

Respecto a la cuestionada infracción del principio de igualdad en la regulación de las Disposiciones Transitorias y la repercusión en los derechos adquiridos, es pertinente recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre tal principio

contenido en el artículo 14 del texto fundamental, el cual supone que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales sean asimismo iguales debiendo considerarse iguales los supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido por la norma, criterio de diferenciación que para su relevancia ha de ser no sólo objetivo, sino también razonable.

La problemática planteada exige la contemplación de las Disposiciones Transitorias primera y cuarta, que son las únicas que *prima facie* pueden plantear la posibilidad de entenderse cuestionado tal principio, y concretamente las reglas tercera y cuarta del apartado 1.º de la disposición primera. El criterio diferenciador respecto de los militares que se encuentren en servicio activo y les falten cinco o menos años para pasar a la situación de reserva para mantener hasta su fallecimiento el uso de la vivienda militar es indiscutiblemente un criterio objetivo y razonable porque la máxima objetividad supone el establecimiento genérico de un determinado lapso temporal —el de cinco o menos años para su cese en el servicio activo—, que a su vez es perfectamente razonable para el fin perseguido por la norma, puesto que la continuación en el uso de la vivienda para ese grupo de personas se justifica en relación con los que disponen de más prolongado tiempo en el servicio activo en la mayor dificultad que tienen aquéllos para la previsora planificación de sus necesidades futuras de vivienda en aras de la considerable merma de ingresos que supone el cese del servicio activo.

Se trata, pues, de supuestos de hecho desiguales a los que se da desigual tratamiento.

Idénticas conclusiones, al ser paralelamente idénticos los supuestos, de hecho son aplicables respecto de lo dispuesto en la regla cuarta de la Disposición Transitoria primera, apartado primero, para los que hubiesen pasado a la reserva transitoria y también a la entrada en vigor del Real Decreto 1751/1990 les faltasen cinco o menos años para cumplir la edad determinante de su pase a la reserva.

Tampoco constituye infracción al principio de igualdad lo dispuesto en el párrafo final de esta regla cuarta sobre la fijación de plazo para el abandono de la vivienda de los comprendidos en esta situación, porque el pase a la situación de reserva transitoria presupone el ejercicio de una opción voluntaria para la ruptura de la relación de servicio con las Fuerzas Armadas con la prácticamente íntegra conservación de sus emolumentos sin contraprestación de servicio y con la posibilidad plena además del ejercicio de otro empleo o profesión, con la consiguiente incidencia en sus ingresos sin que pueda hablarse de repercusión en los derechos adquiridos, ya que el uso de tales viviendas siempre ha estado subordinado como ya hemos visto, a la necesidad de ellas del personal en activo.

La Disposición Transitoria cuarta preceptúa que, producida la calificación del actual parque de viviendas el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, podrá realojar en una nueva vivienda al personal contemplado en las reglas 1.ª, 2.ª, 4.ª y 5.ª del apartado primero de la Disposición Transitoria primera y en los apartados segundo y tercero de la Disposición Transitoria tercero en función de las circunstancias profesionales, personales y familiares del ocupante y de acuerdo con la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa.

Esta norma es susceptible de producir tan graves consecuencias como la del realojo de una familia incluso en vivienda ubicada en localidad diferente de la ocupada hasta ese momento, quebrando además el derecho del titular a ocupar tal vivienda hasta su fallecimiento, adquirido en virtud de título legítimo, y como quiera que el realojo presupone el previo desalojo ello supone la subrepticia introducción de una nueva causa de desalojo de la vivienda que venía siendo habitualmente ocupada.

Además, y lo que es verdaderamente trascendente, el precepto infringe el principio de igualdad, puesto que el personal comprendido en la regla 3.ª del apartado primero de la Disposición Transitoria primera está excluido de esta

medida y no hay razón lógica para tal discriminación, puesto que las mismas razones de tipo profesional, personal o familiar pueden concurrir para propiciar y estimar aconsejable el traslado de vivienda. Todo ello es determinante de la declaración de nulidad de esta disposición transitoria.

*8. Derecho de huelga. Funcionarios de Establecimientos Penitenciarios. Proporcionalidad de los servicios mínimos.*

Ni los funcionarios de prisiones, como tales, prestan servicios a particulares, ni se trata siquiera de una cuestión de personal, pues lo que directamente está en juego es el ejercicio del derecho fundamental que con carácter general reconoce el artículo 28.2 de la Constitución, independientemente de que el derecho de huelga sea ejercitado por trabajadores funcionarios o por otros que no tengan tal condición, siendo en consecuencia desestimable, sin necesidad de otros razonamientos, la alegación de inapelabilidad formulada por el Abogado del Estado.

En cuanto a la primera de las alegaciones en que se fundamenta el recurso de apelación, debe señalarse: A) Cierta que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo han venido señalando en sentencias numerosas, cuya cita es por ello innecesaria, que el acto por el que se establecen los servicios esenciales que deben prestarse a la Comunidad deben estar adecuadamente motivados, justificando la necesidad de los mismos con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. B) Pero como señala la STC 15-3-1990, en la que se contiene un resumen de la doctrina sustentada hasta aquella fecha respecto del derecho fundamental de huelga, en el fundamento de derecho quinto, final del apartado f), en determinados supuestos, con carácter excepcional, cabe que no se justifique la necesidad de mantener ciertos servicios esenciales por ser de general conocimiento, reduciéndose la necesidad de aportar datos o cifras adicionales que, aunque siempre convenientes, abundaría en algo de todos conocido, salvedad que debe reconocerse a los servicios prestados por los funcionarios de prisiones por ser notoria y evidente la necesidad de los mismos. C) En todo caso, el Real Decreto 1642/1983, de 1 de junio, sobre servicios esenciales en centros penitenciarios, en cuya elaboración se recabaron sin duda los informes necesarios y como preámbulo contiene una motivación que, aunque breve, debe estimarse suficiente según también ha declarado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, enumera en su artículo 2.º los servicios que en los centros penitenciarios deben reputarse esenciales en caso de huelga, que por su carácter normativo y mientras esté vigente hace innecesario que en cada huelga se enumere y justifique qué servicios deben considerarse como esenciales, careciendo por ello de fundamento las dudas de la parte apelante sobre la calificación como esencial del servicio de recogida de paquetes, servicio que el referido precepto incluye expresamente entre los esenciales, o la confusa referencia al «mantenimiento de la actividad de talleres», pues el mismo precepto enumera también como esencial el servicio de vigilancia de talleres, y el simple examen de los Anexos pone de relieve, por el limitado número de funcionarios asignados en los centros penitenciarios en que se hace tal asignación, que su finalidad es exclusivamente de vigilancia.

En lo que se refiere a la proporcionalidad de los servicios mínimos fijados, la Administración penitenciaria rechazó la pretensión del Comité de Huelga de que fuesen desempeñados por el mismo número de funcionarios que prestaban el servicio nocturno, con exclusión del personal laboral, por ser evidente que durante el día se prestan servicios que el Real Decreto citado considera esenciales —Dirección de establecimientos penitenciarios, alimentación de internos, ingresos y libertades, comunicaciones, visitas, recepción de paquetes, etc.—, que re-

quieren la asignación de un número de funcionarios mayor que durante las horas de noche, limitándose en este particular el sindicato recurrente, con una postura totalmente negativa, a manifestar que la resolución recurrida no concreta la plantilla de funcionarios de cada establecimiento penitenciario, sin precisar tampoco por su parte el número de funcionarios que normalmente prestan el servicio o los que lo hacen en el turno de noche, que era lo pretendido, y que le permite llegar a la conclusión de que son desproporcionados los fijados para los días de huelga, debiendo estimarse que el número de funcionarios fijados en el anexo para cada servicio en los diversos centros penitenciarios es el mínimo indispensable para que los mismos se hallen debidamente atendidos, siendo contradictorio que se pretendan unos servicios mínimos exigidos con las quejas y peticiones que se formulan sobre la conflictividad carcelaria, seguridad de sus funcionarios, aumento de plantillas, etc.

El Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, reformado parcialmente por el de 28-3-1984, regula en su Título VIII los órganos penitenciarios colegiados y unipersonales, entre éstos los Directores de los establecimientos, a los que atribuye el carácter de representantes del Poder Público y a los que corresponde organizar el régimen y tratamiento, programar los servicios, velar por el cumplimiento de los preceptos legales y adoptar todas las medidas de régimen que sean urgentes, por lo que tratándose de una huelga a nivel nacional, en que por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias se establecieron los servicios mínimos y el número de funcionarios que debían prestarlos en cada uno de los centros penitenciarios, la designación de los funcionarios que han de prestarlos corresponderá al Director de cada establecimiento según el número de funcionarios que participen en la huelga, vacantes existentes, bajas por enfermedad, permisos, etc. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 marzo 1992.*)

#### 9. *Retribuciones básicas y complementarias. Fuerzas Armadas: criterios. Legalidad RD 359/89 sobre retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas.*

De las dos pretensiones que se formulan en la demanda, la principal, dirigida a obtener una declaración de nulidad total del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, debe ser rechazada *ab initio*, pues, como certeramente dice el Abogado del Estado, carece de apoyo argumental, sin que sea suficiente a tal efecto la larga cita de preceptos legales que se consideran vulnerados en los apartados A) y B) de la súplica de aquel escrito para aprehender cuál es el fundamento de esta pretensión. Las alegaciones que se hacen en la demanda se agotan en la impugnación de los núms. 2 y 3 del artículo 4.º del Real Decreto 359/1989; más aún, están referidas a la cuantías del complemento de destino y del complemento específico asignados para los empleos de Teniente y Subteniente, por entender la parte actora que los establecidos para el primero de estos empleos no deben ser inferiores a los fijados para el segundo.

Para enjuiciar desde el ángulo de la legalidad —en el que debemos situarnos, ex artículo 106.1 de la CE—, el artículo 4.º, núms. 2 y 3, del Real Decreto 359/1989, cuya nulidad se postula en la demanda con carácter subsidiario, es necesario tomar como punto de partida la Disposición Final segunda de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre —Ley de Presupuestos del Estado para 1989—, que al tiempo que amplía el ámbito de aplicación del Capítulo V de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, autoriza al Gobierno para adecuar el sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas al de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, adaptándolo a la «estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos que tienen asignados».

La primera manifestación de esta adaptación aparece ya en el artículo 3.º del Real Decreto 359/1989, a propósito de la fijación de sueldo, que, aunque se encuentra al margen del debate, es útil resaltar por la Escala a que pertenece el recurrente. En el artículo 25 de la Ley 30/1984 los grupos de clasificación de los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de los funcionarios civiles vienen determinados por las titulaciones académicas exigidas para su ingreso, mientras que en el artículo 3.º, núm. 2, de la disposición reglamentaria antes citada, la equivalencia se establece por grupos de empleos militares. Es cierto que, a tenor del artículo 1.º de la Ley 97/1966, de 28 de diciembre, la enseñanza superior militar tiene el carácter de enseñanza superior de igual rango que las enseñanzas universitarias y Técnica Superior, lo que puede explicar que el Grupo A de clasificación comprenda los empleos de Teniente/Alferez de Navío, pero nótese que la inclusión de este Grupo se hace sin distinguir entre Tenientes y Alféreces de Navío procedentes de la enseñanza militar superior y quiénes han accedido a estos empleos procedentes de Escalas de Suboficiales. Esto que puede estar justificado, con independencia de la titulación exigida a unos y otros, por la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, no significa que el Gobierno esté vinculado a seguir rígidamente este criterio para la determinación de los restantes conceptos retributivos, pues, por mandato del legislador, no es el único parámetro que debía tomar en cuenta.

El artículo 4.º, núms. 2 y 3, del Real Decreto 359/1989, modula también el complemento de destino y el complemento específico, definidos en el artículo 23, núm. 3, párrafos *a)* y *b)*, respectivamente, de la Ley 30/1984.

En la homologación de estos conceptos retributivos no deja de estar presente la organización jerarquizada de las Fuerzas Armadas, ya que, en principio, tanto la asimilación con los niveles de la función pública para la fijación del complemento de destino, como las cuantías que se detallan en el Anexo I para el complemento específico, vienen determinadas por el empleo militar, elemento básico de dicha estructura. Ahora bien, que al efectuar esta homologación la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas se flexibilice en función de las peculiaridades de la carrera militar, una de las cuales es la existencia de Escalas diferenciadas de Oficiales y Suboficiales, y de la singularidad de los cometidos que tienen asignados las Fuerzas Armadas, es mera consecuencia del mandato dirigido al Gobierno por la Disposición Final segunda de la Ley 37/1988.

Que el militar de carrera deba tener un deseo constante de promoción a los empleos superiores, como reza el artículo 214 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas —Ley 85/1978, de 28 de diciembre—, no presupone que el Gobierno se encuentre atado de manos para poder atribuir un nivel de complemento de destino y un complemento específico superior al empleo de Subteniente respecto al de Teniente cuando la autorización conferida por el legislador le permite efectuarlo.

Es bien significativo lo que se dice en el folio 3 de la Memoria justificativa del proyecto: «El sistema satisface con la determinación de retribuciones básicas por grupos de empleos militares y con la aplicación de los complementos de destino y específico, las aspiraciones de progresión dentro de la propia Escala y facilita la regulación de carrera mediante la promoción interna entre Escalas. Se evita de esta forma el trasvase automático entre las mismas con el único objetivo de mejorar las retribuciones sin atender a las necesidades funcionales de las Fuerzas Armadas», propósito que responde a un modelo de carrera militar que ya estaba presente en la normativa anterior —Disposición Transitoria 1.ª de la Ley 20/1984, de 15 de junio, sobre régimen retributivo del personal militar y asimilado— y que no excede del marco definido por la Disposición Final segunda de la Ley 37/1988, en el que, sin desconocer la promoción interna, se ofrece a los Suboficiales un estímulo económico para alcanzar y permanecer, en su caso, en los empleos superiores de sus respectivas Escalas, atendándose al propio tiempo a las necesidades funcionales de los Ejércitos, modelo de carrera que posteriormente ha venido a ratificar la Ley 17/1989, de 19 de julio, sobre Régimen del Personal Militar Profesional, al crear —en su artículo 10.2— un nuevo empleo, el de

Suboficial Mayor, que junto con el de Subteniente constituyen la categoría de Suboficiales superiores.

De otro lado, y por lo que respecta al complemento de destino, el señalamiento del nivel 20 al empleo de Teniente y del nivel 22 al de Subteniente guarda coherencia con los intervalos de niveles establecidos en el artículo 25 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración del Estado aprobado por Real Decreto 2617/1985, de 9 de diciembre —hoy derogado por el Real-Decreto 28/1990, de 15 de enero, por el que se aprueba el nuevo Reglamento— para los Grupos A y B, respectivamente. En la demanda se arguye que esta diferente asignación de niveles podrá darse para un puesto de trabajo concreto, admitiéndose que un Subteniente pueda tener un complemento de destino superior al de un Teniente, pero cuando así se argumenta para rechazar la posibilidad de que «todos» los Subtenientes tengan un complemento de destino superior al de los Tenientes no se tiene en cuenta, además de lo que ha dicho antes, que la determinación del complemento de destino en el artículo 4.º.2 del Real Decreto 359/1989 se percibe en función del empleo militar, no del nivel del puesto de trabajo que se desempeñe. Las condiciones particulares de determinados puestos de trabajo se retribuyen —artículo 4.º.3, párrafo segundo, del citado Reglamento— mediante complementos específicos singulares, distintos del complemento específico por empleos, que es otra de las modulaciones introducidas por el Real Decreto 359/1989 respecto al régimen establecido en el artículo 23 de la Ley 30/1984 para los funcionarios civiles de la Administración del Estado, dualidad de complementos específicos que, aunque propiamente no es objeto de debate, tampoco parece que desborde la autorización conferida al Gobierno por la Ley de Presupuestos para 1989. Sólo queda efectuar una breve alusión a un pasaje de la demanda del que el actor intenta extraer la consecuencia de que la entrada en vigor del Real Decreto 359/1989 desencadenó una serie de situaciones ilegales. Baste decir que la asignación de un complemento de dedicación especial al personal que ostenta el empleo de Teniente, procedente del de Subteniente, en los términos que se recogen en el documento que por copia se acompaña a la demanda, nada prueba respecto a la ilegalidad de la disposición aquí cuestionada. Podría discutirse si el señalamiento de dicho complemento, que se corresponde con el de productividad en el campo de la función pública —artículos 4.º.4 del Real Decreto 359/1989 y 23.3.c) de la Ley 30/1984— responde o no a la verdadera finalidad de este concepto retributivo, pero carece de relevancia en el juicio de Legalidad del Real Decreto 359/1989, que es el único que en sede judicial puede realizarse.

QUINTO.—De todo lo expuesto se colige que no podamos compartir la tesis propugnada en la demanda, que los artículos 4.2 y 4.3 del tantas veces citado Real Decreto 359/1989, sobre retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, no infringen los artículos de la Ley 85/1978 que se relacionan en la demanda, ni tampoco los que se citan de la Ley 30/1984 —la supuesta infracción de su artículo 5 no llega ni siquiera a atisbarse—, y que por consiguiente debe desestimarse este recurso, sin hacer expresa imposición de costas al no concurrir ninguno de los supuestos que contempla el artículo 131.1 de la Ley de esta Jurisdicción. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 25 marzo 1992.*)

10. *Profesores de Educación Física. RD 1467/89. Ni el artículo 1.º ni el artículo 3.º infringen la DA 1.ª, apartado 2, Ley 30/84. Designación para otras tareas respetando su función.*

Los recurrentes, Profesores de Educación Física, interponen recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del 15-12-1989, del Consejo de Minis-

tros, desestimatoria de recurso de reposición formulado contra Real Decreto 1467/1988, de 2 de diciembre («BOE» de 8 de diciembre), sobre clasificación de personal vario que presta servicio en Centros Públicos Docentes no Universitarios, siendo pretensiones de dichos recurrentes el que, con anulación parcial de esa disposición general impugnada, se les reconozca: a) El derecho a ser integrados en un Cuerpo del Grupo A, por ser ello acorde a su titulación y funciones; b) que en todo caso se les reconozca su derecho a desarrollar las funciones docentes de las que son titulares.

Preciso resulta partir, para la resolución de este recurso, de que el Real Decreto impugnado no es un Reglamento independiente, sino que se dicta en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera, apartado 2, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, a cuyo tenor «el personal al servicio de la Administración del Estado que perciba el total de sus retribuciones con cargo a créditos de personal vario sin clasificar de los Presupuestos Generales del Estado deberá ser clasificado por el Gobierno, mediante Real Decreto, determinando, en su caso, su integración, de acuerdo con la naturaleza de sus funciones y titulación académica exigida, en Cuerpos o Escalas de funcionarios o plantillas de personal laboral».

En cumplimiento de dicha Disposición Adicional el Gobierno dictó el Real Decreto 1467/1988, de 2 de diciembre, en el que, por lo que aquí interesa destacar, se dispone en su artículo 1.º: «la integración en el Cuerpo de Profesores Especiales de Institutos Técnicos de Enseñanzas Medias, Grupo B, en situación de a extinguir, del personal vario sin clasificar, que preste servicios en Centros Públicos no Universitarios a la fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1984» figurando en esa integración, entre otros, «el profesorado de Educación Física», y en su artículo 3.º se dispone que «este personal continuará desarrollando los mismos cometidos que venía realizando a la publicación del presente Real Decreto. No obstante el Ministerio de Educación y Ciencia y los Organos de las Comunidades Autónomas, con competencias plenas en materia educativa, podrán asignarle otras tareas distintas de las que actualmente desempeñan, teniendo en cuenta la formación específica de este personal y su adecuación a las necesidades docentes...».

Asimismo interesa tener presente que el artículo 25 de la Ley 30/1984, al establecer los Grupos de Clasificación, dispuso que los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas se agruparán «de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso» en cinco Grupos (del A al E), constituyendo, en razón a esta titulación exigida para el ingreso, el Grupo A: «Título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente», y el Grupo B: «Título de Ingeniero Técnico, Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico, Formación Profesional de tercer grado o equivalente».

Siendo la primera de las pretensiones de los recurrentes, todos Profesores de Educación Física, la de ser integrados en un Cuerpo del Grupo A), frente a la integración que de ellos hace el artículo 1.º del Real Decreto 1467/1988 «en el Cuerpo de Profesores Especiales de Institutos Técnicos de Enseñanzas Medias, Grupo B», y estando fundada su pretensión en corresponderles, a su juicio, la pretendida integración en un Cuerpo del Grupo A, por razón de su titulación y funciones, procede analizar cuál fue la titulación que se les exigió para su ingreso. A tales efectos ha de tenerse en cuenta:

1.º La Ley 14/1970, de 14 de agosto, General de Educación y Financiación de la Reforma Educativa, en su artículo 136.3 dispuso que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 135, las enseñanzas, entre otras, de «Educación Física» serán reguladas por el Gobierno teniendo en cuenta las competencias de los Organismos del Movimiento, añadiendo «que el procedimiento para selección del Profesorado será el establecido por el Gobierno a propuesta conjunta del Ministerio de Educación y Ciencia y Secretaría General del Movimiento». Sin embargo, ninguna norma dictó el Gobierno en desarrollo de aquella Ley, a propuesta

conjunta de dicho Ministerio y de esa Secretaría, por la que se exigiera para tal nombramiento el título de Licenciado.

2.º La Ley 3/1971, de 17 de febrero, de Retribuciones de Profesores de Formación del Espíritu Nacional, Educación Física y Enseñanzas del Hogar, ya en su Exposición de Motivos nos dice que la índole especial de las referidas materias otorga al profesorado que las imparte una cierta naturaleza distinta, por su dependencia «y procedimiento de selección» de la de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, y en su artículo 4.º dispone que los Profesores de las Enseñanzas a que se refiere la presente disposición «serán nombrados y cesados por el Ministerio correspondiente a propuesta de la Secretaría General del Movimiento», sin exigirse, por tanto, para tales nombramiento el título de Licenciado.

3.º Alegan los recurrentes que, en su día, fueron nombrados Profesores de Educación Física exigiéndoseles el título de «Profesor de Educación Física», que era la titulación máxima que entonces existía conforme a la Ley 77/1961, de 23 de diciembre de Educación Física, y que con arreglo a la legislación posterior, ese título de Profesor de Educación Física se ha transformado *ope legis* y con efectos *ex tunc* en título de Licenciado en Educación Física, a través de una convalidación, alegación ésta que no podemos acoger por lo siguiente:

a) La Ley 77/1961, de 23 de diciembre, en su artículo 8.º estableció que la función docente de la educación física en los centros de enseñanza será desempeñada por Maestros, Maestros Instructores de Educación Física y Entrenadores Deportivos, conforme a la clasificación que reglamentariamente se establezca, añadiendo el artículo 9.º que el personal docente de educación Física deberá poseer el título correspondiente de la especialidad, expedido por el Instituto Nacional de Educación Física o Escuelas oficialmente reconocidas, y que serán designados por el Ministerio de Educación Nacional a propuesta de las Delegaciones Nacionales de la Sección Femenina y Juventudes y Sindicato Español Universitario, entre los solicitantes que con arreglo a la Ley acrediten la posesión del título, previniéndose en el artículo 15 la creación del Instituto Nacional de Educación Física, y atribuyéndose en el artículo 16 a dicho Instituto la expedición de los títulos de Profesorado de Educación Física. Pero de dicha normativa no cabe deducir que tales títulos expedidos por el Instituto fueran de Licenciado.

b) Posteriormente la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, estableció en su artículo 6.3 que las enseñanzas que se impartan en los Institutos Nacionales de Educación Física tendrán el nivel que corresponde al primero y segundo ciclo de la enseñanza universitaria, esto es, Diplomatura y Licenciatura, respectivamente. Y en desarrollo de esa Ley 13/1980 se dictó el Real Decreto 790/1981, de 24 de abril, en cuyo artículo 5.º se dice que las enseñanzas cursadas en los Institutos Nacionales de Educación Física abarcarán dos ciclos: un primer ciclo de duración de tres años y un segundo ciclo de duración de dos años, añadiendo que los alumnos que hayan concluido los estudios del primer ciclo y superado una prueba final obtendrán el título de Diplomado en Educación Física, equivalente al de Diplomado Universitario, establecido en el artículo 39.1 de la Ley General de Educación, y que tendrán acceso a las enseñanzas del segundo ciclo los que hayan superado el primero, y que quienes hayan terminado el segundo ciclo obtendrán el título de Licenciados en Educación Física, equivalente al establecido en el artículo 39.2 de la Ley General de Educación. Y en la Disposición Transitoria 4.ª de dicho Real Decreto se estableció que, durante el plazo de cinco años, los Profesores de Educación Física, Instructores y Maestros Instructores titulados por los Planes de Estudios anteriores podrán obtener los títulos establecidos en el artículo 5.º mediante el cumplimiento de los requisitos que en cada momento determine el Ministerio de Educación y Ciencia previo informe del Consejo Superior de Deportes y de la Junta Nacional de Universidades. Y en desarrollo de esta Disposición Transitoria el Ministerio de Educación y Ciencia dictó la OM 6-4-1982, en cuyo artículo 1.º.2 se dispuso que los titulados

a que se refiere el apartado anterior (esto es, quienes estén en posesión del título de Profesor de Educación obtenido por un Plan de estudios de cuatro años académicos, excluidos los períodos de prácticas, y acrediten además el de Bachiller Superior o equivalente o haber superado el Curso de Orientación Universitaria) podrán obtener la convalidación por el de Licenciado en Educación Física previo cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Superación, a elección del interesado, de un curso de adaptación o de un examen o prueba de conjunto. b) Presentación y Evaluación positiva de una Memoria de su actividad académica o profesional.

De lo que acabamos de indicar fácilmente se colige que ni la Ley 13/1980, ni el Real Decreto 790/1981, ni la OM 6-4-1982, equipararon automáticamente el título de Profesor de Educación Física al de Licenciado de Educación Física, sino que sólo a virtud de la superación de las pruebas a que hemos hecho referencia, previstas en la OM, se podía alcanzar, vía convalidación, el título de Licenciado en Educación Física sin que, por tanto, pueda sostenerse lo que los recurrentes defienden; esto es, que en virtud de esa legislación posterior el título de Profesor de Educación Física se transformó *ope legis* y con efectos *ex tunc* en título de Licenciado de Educación Física.

Consecuentemente, si la «titulación exigida para el ingreso» (art. 25 de la Ley 30/1984) no fue la de Licenciado —aquí incluso los recurrentes ni tan siquiera han dejado acreditado que *ex-post* a su ingreso alcanzaron el título de Licenciado en Educación Física por el cauce previsto en la OM precitada—, resulta obligado desestimar la primera de las pretensiones, relativas a ser integrados en un Cuerpo del Grupo A, en razón a su titulación, pues el Real Decreto que impugnan no está referido a los actuales Licenciados en Educación Física, de nuevo ingreso, que obtienen su titulación de Licenciados en Educación Física conforme a la Ley 13/1981 y Real Decreto 790/1981, los que, en su caso, se incorporarán a los Cuerpos de Catedráticos o Profesores Agregados de Educación Física, uno y otro de Grupo A, sino a los Profesores de Educación Física contemplados en la Ley 3/1971, de 17 de febrero, que por razón de la titulación que se les exigió para su ingreso no tienen cabida dentro de un Cuerpo del Grupo A, resultando por tanto que el artículo 1.º del Real Decreto 1467/1988, impugnado, totalmente conforme con la Disposición Adicional primera, apartado 2, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, al integrar al Profesorado de Educación Física en un Cuerpo del Grupo B, sin que, por otro lado, la naturaleza de las funciones que desempeñan (docentes) sea factor determinante del Grupo, según resulta del artículo 25 de la Ley 30/1984, sino únicamente del Cuerpo en el que deben quedar integrados, que ha de serlo un Cuerpo Docente, como aquí lo fueron, al integrarlos el Real Decreto impugnado en el «Cuerpo de Profesores Especiales de Institutos Técnicos de Enseñanzas Medias».

Tampoco merece acogida la segunda de las pretensiones de los recurrentes, pues además de que el Real Decreto 1467/1988 no tiene por objeto hacer una reserva de funciones, se ajusta realmente a los límites de la Disposición Adicional primera, apartado 2, de la Ley 30/1984, pues integra al profesorado de Educación Física en un Cuerpo Docente «de acuerdo con la naturaleza de sus funciones» —Disposición Adicional dicha— en el que continuarán desarrollando las que venían realizando a la publicación del presente Real Decreto, según el artículo 3.º de este último, sin que la facultad que este precepto otorga al Ministerio de Educación y Ciencia y a los Organismos de las Comunidades Autónomas, con competencias plenas en materia educativa, suponga privar a dicho profesorado de sus funciones docentes, que ya se trata exclusivamente de asignarles otras «tareas», teniendo en cuenta su formación específica y la adecuación a las necesidades docentes, pero respetando siempre su función docente.

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a concluir que ni el artículo 1.º ni el artículo 3.º del Real Decreto impugnado 1467/1988, de 2 de diciembre, infringen lo previsto en la Disposición Adicional primera, apartado 2, de la Ley 30/1984, de

2 de agosto, y consecuentemente procede que desestimemos el recurso que examinamos, sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas al no apreciarse la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 131 de la Ley Reguladora de esta jurisdicción. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 25 marzo 1992.*)

11. *Prohibición de que las Corporaciones locales realicen aportaciones para fines mutualistas de sus funcionarios (Ley 11/1960, 12 de mayo, DD.AA. 7.ª y 8.ª y DD.AA. 4.ª y 5.ª TR 781/1986) que no puede salvarse atribuyéndoles carácter de retribución indirecta por estar prohibida la creación de conceptos retributivos distintos de los establecidos en los textos legales en la Ley 7/85 (art. 93) y la Ley 430/84 (art. 23).*

En este sentido es preciso referirse a varios puntos, que son los decisivos para resolver en Derecho el litigio planteado y que se refieren a la contravención de la legislación vigente que supone el acto del Ayuntamiento, al carácter que tiene la aportación de la entidad municipal de retribución indirecta de los funcionarios, y finalmente a la inexistencia de fundamento del acto administrativo impugnado en la Ley del Parlamento Vasco que se invoca.

En cuanto a la contravención de las leyes en vigor es un hecho que se desprende de forma inequívoca de las actuaciones. Pues, en efecto, tanto la Ley 11/1960, de 12 de mayo, reguladora de la Mutuality Nacional de Previsión de Administración Local en sus Disposiciones Adicionales 7.ª y 8.ª, como el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones vigentes sobre Régimen Local en sus Disposiciones Adicionales 4.ª y 5.ª, prohíben de forma inequívoca que las Corporaciones locales realicen aportaciones para fines de previsión mutualista de sus funcionarios.

Las disposiciones citadas permiten en cambio que los funcionarios de los Ayuntamientos y Diputaciones constituyan una entidad de previsión mutualista de carácter voluntario, pero condiciona esta posibilidad a que las cuotas a satisfacer sean exclusivamente a cargo de dichos funcionarios.

Por otra parte debe mantenerse asimismo, contra lo que alega el Ayuntamiento, que la aportación a la entidad mutualista constituye una retribución indirecta del personal, con lo que se contraviene lo dispuesto por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y lo establecido por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, en sus artículos 93 y 23 respectivamente. Pues dichos preceptos prohíben la creación de conceptos retributivos de los funcionarios distintos de los establecidos en los propios textos legales.

Finalmente la Ley del Parlamento Vasco 25/1983, de 27 de octubre, no puede servir como fundamento debido en Derecho del acto administrativo recurrido y ahora objeto de esta apelación. Dicha Ley no se dicta por el órgano competente de las Instituciones Comunes del País Vasco en ejercicio de su competencia sobre Administración Local, sino que constituye una regulación genérica de las entidades mutualistas, por lo que la invocación de dicha Ley se utiliza en definitiva por el Ayuntamiento para incumplir las leyes generales aplicables en la materia, de modo tal que el acto administrativo que se pretende fundamentar en aquella Ley debe entenderse que no es ajustado a Derecho.

Procede por tanto, a la vista de los razonamientos anteriores y de la doctrina establecida por este Tribunal, confirmar la sentencia apelada y desestimar el recurso de apelación interpuesto. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 4.ª, 25 marzo 1992.*)

12. *Funcionarios nombrados para puestos de libre designación. Pueden ser cesados libremente según el artículo 20 de la Ley 30/84 y 104.2, Ley 7/86. Ante las facultades discrecionales de que dispone la Administración «pesa sobre el interesado la carga de probar, si no se conforma con la remoción, que ésta se produjo arbitrariamente». Es suficiente la pérdida de confianza.*

Los funcionarios nombrados para puestos de libre designación, como aquí ocurre, pueden ser cesados también libremente. Así resulta del artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que por ser base del régimen estatutario de los funcionarios públicos es aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas, y así resulta, más específicamente, del artículo 104.2 de la 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local —Leyes ambas vigentes en el momento de acordarse el cese que aquí nos ocupa—, disponiendo el último de los preceptos citados que «el nombramiento y cese de estos funcionarios es libre, y corresponde al Alcalde o Presidente de la Entidad local correspondiente». Esta posibilidad de libre remoción entraña el reconocimiento en favor de la Administración de una potestad discrecional, del mismo modo que discrecional fue el nombramiento. Siendo, por tanto, en tales casos libre el nombramiento y libre el cese cuando éste se produce, pesa sobre el interesado la carga de probar, si no se conforma con la remoción, que ésta se produjo arbitrariamente, siendo, además, doctrina reiterada de esta Sala que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1 en relación con el artículo 103 de la Constitución y definido en el artículo 83 de la Ley Jurisdiccional como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe cumplidamente, no pudiendo fundarse en meras presunciones ni en suspicacias o amplias interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine, siendo presupuesto indispensable para que se dé que el acto esté ajustado a la legalidad extrínseca, pero sin responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, dirigida a la promoción del interés público e ineludibles principios de moralidad.

En el caso que nos ocupa no cabe apreciar desviación de poder al no existir pruebas sobre la disparidad de los fines perseguidos por el acto recurrido y el fin fijado por el ordenamiento jurídico, tanto más cuanto que la resolución de cese impugnada del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Valencia ni tan siquiera fue adoptada a iniciativa suya, sino, antes al contrario, a instancia de la mayoría de los Concejales del Grupo Popular, a propuesta de cuyo Grupo fue en su día nombrado el recurrente, para quedar adscrito como funcionario de empleo al referido Grupo, desprendiéndose del conjunto de las actuaciones, que la petición de cese formulada por aquellos Concejales al Alcalde-Presidente tiene su causa en haber trascendido a la prensa determinadas disidencias existentes dentro del Grupo, sobre cuyas «filtraciones» hizo manifestaciones públicas posteriores el recurrente, determinando ello la pérdida de confianza del Grupo en el referido funcionario, como expresamente lo reconoció el portavoz del Grupo Popular en el Acto de Conciliación celebrado el 20-6-1985 ante el Juzgado de Distrito núm. 6 de Valencia, promovido por el funcionario aquí recurrente frente a dicho Portavoz, pérdida de confianza ésta que era suficiente para justificar la petición de cese y que justifica a su vez la resolución de cese adoptada por el Alcalde-Presidente, en uso de la facultad discrecional que le confería el artículo 104.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en cuya resolución obviamente no es posible apreciar arbitrariedad alguna. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 3 abril 1992.*)

### III. INCOMPATIBILIDADES

#### 1. *Dos puestos de trabajo en el sector público. Inexistencia de inconstitucionalidad. Improcedencia de indemnización al pretenderse que se declara una responsabilidad derivada de una actuación del poder legislativo.*

El acto administrativo impugnado en el proceso en el que se dictó la sentencia apelada es una resolución de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía por la que se declara la incompatibilidad del puesto de trabajo de Director Médico del Hospital Municipal de Morón de La Frontera con el de Médico de Zona en Ambulatorio de la Seguridad Social en dicha ciudad, en aplicación del nuevo régimen sobre la materia introducido por la Ley 53/1984, que en este caso se ha traducido en la eficacia de la regla general contemplada en su artículo primero, según el cual el personal al servicio de las Administraciones Públicas no puede compatibilizar sus actividades con el desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público salvo los supuestos previstos en la propia Ley, ninguno de los cuales alcanza a definir la situación del demandante, que por eso ha centrado su argumentación en razones referentes a la posible inconstitucionalidad del precepto, lo que a su vez ha motivado que la Sala de Primera Instancia haya basado la desestimación del recurso en la constitucionalidad de la Ley declarada por el Tribunal Constitucional en S. 2-11-1989.

No obstante, el interesado afirma que la sentencia ha dejado de resolver algunas cuestiones que había planteado sobre la Disposición Adicional primera de la Ley 53/1984, así como la posible infracción del artículo 29 de la Ley 30/1984 por parte de la Disposición Transitoria tercera de aquélla.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones mencionadas, en nada puede influir en la resolución de este proceso. La Disposición Adicional primera se limita a regular las consecuencias de las situaciones de incompatibilidad sobre los derechos pasivos y las Pensiones de Seguridad Social, mientras que la pretensión ejercitada se refería exclusivamente al reconocimiento del derecho a desempeñar los dos puestos en el sector público que ejercía el recurrente, sin que se haya pedido nada sobre los derechos económicos que le puedan corresponder en su día por aquellos conceptos.

No cabe, por otra parte, fundar la nulidad de un acto administrativo invocando que una ley posterior infringe otra anterior. Dado su mismo rango, en tal caso no hay infracción, sino mera modificación del régimen jurídico vigente.

Finalmente, tampoco se puede debatir en este proceso sobre la indemnización que se apunta en el escrito de alegaciones, con cita del artículo 106.2 de la Constitución. Ni esta pretensión ha sido ejercitada en la primera instancia ni puede afirmarse que estemos ante un caso de responsabilidad consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, ya que en realidad lo que postula el apelante a través de su nueva petición es que declaremos una responsabilidad derivada de una actuación del poder legislativo. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 17 enero 1992.*)

#### 2. *Incompatibilidades. Constitucionalidad de la Ley 53/84.*

El demandante apela la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 29-1-1990, que desestimó su recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra la resolución del Viceconsejero de Gobernación de la Junta de Andalucía de 16-10-1987, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la

resolución del Consejero de Gobernación de la propia Junta sobre declaración de incompatibilidad, de 26-6-1987.

El contenido argumental de la presente apelaciones, casi exactamente coincidente con el de la que acaba de ser decidida por sentencia de esta misma Sala de 17 del actual (RJ 1992, 81), apelación referida a sentencia de la misma Sala *a quo*.

Tal coincidencia aconseja, por unidad de doctrina, que reiteremos en este caso lo que ya se dijo en la sentencia precitada:

«Entrando a conocer de lo que es objeto de esta instancia, debe rechazarse la alegación del apelante concerniente a la incongruencia de la sentencia apelada, que aquél afirma en función de no haber entrado el Tribunal de 1.ª Instancia a dilucidar sobre las fundamentaciones expuestas en la demanda, relativas a la nulidad radical del acto impugnado en razón de la inaplicabilidad de las Disposiciones Adicional 1.ª y Transitoria 3.ª de la Ley 53/1984, en relación al artículo 47.1.b) de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues al haber sido la sentencia apelada totalmente desestimatoria de las pretensiones del demandante debe considerarse que ha resuelto todas las motivaciones aducidas por el actor, que han de entenderse contenidas en el fallo de desestimación del recurso. Desestimación implícita que ha de ser corroborada, pues no es aceptable la argumentación de que la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley 53/1984 haya de considerarse inaplicable, por determinar, según el actor, una situación de excedencia voluntaria que no se corresponde con la regulada en el artículo 29, Ley 30/1984, en cuanto que no es cierta esa falta de adecuaciones, ya que la situación del demandante, una vez declarada la incompatibilidad para el segundo puesto público, encaja en la prevista en el apartado a) del núm. 3 del artículo 29 de la norma citada. Aparte de que cualquier variación en el régimen de las situaciones administrativas reguladas por la Ley 30/1984, que fuera consecuencia del precepto aludido de la Ley de Incompatibilidades, 53/1984, sería válida y de aplicación, al ser esta última norma de igual rango formal, y por tanto con virtualidad suficiente para modificar regulaciones anteriores que se le opusieran si venían establecidas en norma de idénticas significaciones y de carácter menos específico. Y porque, respecto de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 53/1984, las objeciones que a su aplicación ponía el demandante han de ser tachadas de inútiles al no haber sido ese precepto fundamento del acto administrativo objeto del recurso.

Por lo demás insiste el apelante en la necesidad del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad como previa y determinante del éxito de su pretensión anulatoria del acto de declaración de incompatibilidad, que estima que tampoco ha sido resuelta en la sentencia apelada, en tanto que la del Tribunal Constitucional de 2-11-1989, cuya doctrina se resume en dicha resolución judicial, no solucionaba el problema planteado al respecto en la demanda, ya que en esta se alude a concretamente a la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley 30/1984, por oponerse a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales del artículo 9.º y de la prohibición de privaciones confiscatorias del artículo 33, párrafo 3, ambos de la Constitución, porque, en opinión del actor, hacía desaparecer un derecho consolidado que le pertenecía en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Incompatibilidades a desempeñar dos puestos de trabajo, y ello sin indemnización, que es una cuestión que no fue contemplada por el Tribunal Constitucional, que entró a resolver sobre otros específicos preceptos de la Ley 53/1984, pero no sobre la constitucionalidad de la Disposición Transitoria 3.ª

Pero tampoco esta alegación debe ser estimada, pues si bien es cierto que en la sentencia del Tribunal Constitucional de anterior referencia no se contempló específicamente el problema de la constitucionalidad de la tan nombrada Disposición Transitoria 3.ª de la Ley 53/1984, sin embargo era aplicable al caso la doctrina general que aquél establecía acerca de la no vulneración de los citados artículos 9.º y 33 de la Constitución, por los preceptos a que se ceñían las preten-

siones a que entonces daba respuesta, singularmente la que se resume en la sentencia apelada, y que se da por reproducida, concerniente a la situación estatutaria a que están sometidos los funcionarios sanitarios, que determina que el alcance de sus derechos sea el que las normas fijen en cada momento de su situación funcional, y a la inexistencia de un derecho constitucionalmente protegido, dirigido a que las condiciones de prestación del servicio no se modifiquen legalmente en el futuro, y a que no puede equipararse el contenido económico de la función pública con el derecho de propiedad a efectos de la protección del artículo 33, párrafo 3, de la Constitución.

En último lugar ha de entrarse a dilucidar sobre la alegación del apelante referida a la inconstitucionalidad de la Ley 53/1984, en su conjunto, por oposición al artículo 106, párrafo 2, de la Constitución, que el actor funda en el dato de que, en su opinión, la Ley debió contemplar la indemnización resultante de la privación económica que producía a consecuencia de las incompatibilidades que determinaba. Sobre cuyo particular ha de decirse que no se trata, como alegan los apelados, de una reclamación de indemnización por actuación del Estado legislador, lo que desde luego sería inadecuado al no haberse suscitado el tema ante la Administración, ni ser competentes las Autoridades Comunitarias de que provienen los actos impugnados para decidir sobre el problema, o del planteamiento de una cuestión nueva incompatible con la regulación del recurso de apelación, sino, como se ha dicho, de una nueva alegación de inconstitucionalidad de la Ley 53/1984, determinante del fallo que ahora se pronuncia, que supone, por tanto, una implícita reproducción en esta instancia de la inicial solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, contenida en la demanda, que es posible al amparo del inciso final del artículo 35, párrafo 2, de la LOTC de 3-10-1979, en cuanto que todavía no había adquirido firmeza la sentencia apelada en el momento de este nuevo planteamiento.

Desde esa perspectiva la solicitud del actor debe ser también desestimada, dado que el precepto constitucional alegado por el actor no puede fundar la inconstitucionalidad de la Ley 53/1984, pues en primer lugar está dirigida a proteger derechos y bienes y no meras expectativas funcionariales, aparte de que tiene como destinatarios a los particulares y no a los funcionarios y viene dirigido a preservar a aquéllos de la acción del Estado en cuanto prestador de servicios públicos, que es un concepto ajeno a la acción del Estado legislador. Y porque el artículo 106, párrafo 2, de la Constitución Española, aparece dirigido no a imponer un contenido necesario a la acción del legislador que pueda variar la situación económica anterior de los destinatarios de la norma, que es la fundamentación que maneja el apelante, sino más bien a otorgar a los particulares una posibilidad de reclamar del Estado una indemnización cuando se den los presupuestos de hecho previstos en el precepto constitucional.» (*Sentencia de 20 de enero de 1992.*)

*3. Incompatibilidades. Ley 53/84. Procedencia del pase a la situación de excedencia de quien desarrollaba simultáneamente dos puestos de trabajo en la Administración. No comporta privación de un derecho actual consolidado reconducible a la expropiación.*

El demandante en este proceso apela la S. 6-4-1989, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la extinta Audiencia Territorial de La Coruña, que desestimó su recurso contencioso-administrativo contra Resolución de la Subsecretaría de Sanidad y Consumo de 24-7-1986 sobre declaración de excedencia voluntaria en la escala de Facultativos y Especialistas de la Administración Institucional de la Sanidad Nacional.

La sentencia apelada, cuyos fundamentos jurídicos aceptamos, rechaza las alegaciones del actor sobre inconstitucionalidad de la Ley de Incompatibilidades argumentando que «al recurrente no se le ha privado de un derecho actual consolidado, con la consecuencia de que esa privación no es expropiación», y que, según Sentencias de este Tribunal 21-4-1988 y 20-3-1987, «la regulación de las incompatibilidades y la concesión de una opción a quienes puedan verse afectados por ellas no es un supuesto de expropiación de derechos... que, si acaso, al imponer la opción por una u otra actividad, supone una restricción en su ejercicio pero no una privación singular»; y rechaza asimismo la impugnación subsidiaria de la declaración de excedencia voluntaria y postulación de que, en su lugar, se declare la excedencia forzosa, razonando sobre la base de la aplicación al caso del artículo 29.3.a) de la Ley 30/1984, con cita de la Sentencia de este Tribunal 22-3-1988.

El apelante reproduce en esta apelación, casi en sus literales términos, las alegaciones ya deducidas en la primera instancia, y que fueron analizadas y desestimadas en la sentencia, cuando lo adecuado, según constante jurisprudencia, es tomar la sentencia como objeto de crítica y razonar en relación a sus concretos argumentos dónde pueda hallarse, en su caso, su pretendida inadecuación al ordenamiento jurídico. Tal técnica apelatoria está necesariamente conducida al fracaso.

La única novedad de las alegaciones apelatorias consiste en la petición de indemnización, contenida en las alegaciones 3 y 4, por cierto sin ulterior reflejo en el suplico del escrito, que se limita a solicitar «que se anule y revoque la apelada y se estime la demanda con las declaraciones detalladas en el suplico de la misma», en cuya demanda y suplico no se contiene petición indemnizatoria alguna.

Basta esta precisión para evidenciar el carácter de auténtica cuestión nueva de dicha petición, que es, como tal, procesalmente inaceptable en esta segunda instancia, cuyo contenido, según constante jurisprudencia, debe ajustarse estrictamente al de la primera, por lo que debe prescindirse de análisis de la extemporánea y novedosa petición.

Aunque, según lo ya razonado, los inadecuados términos en que está formulada la apelación basten de por sí, sin necesidad de un análisis más especial, para su desestimación, no obstante hemos de referimos a recientes sentencias de esta Sala en casos idénticos (SSTS 17-1, 20-1 (5), 21-1 (2) y 30-1-1992, en las que, lo mismo que aquí, los recurrentes respectivos alegaban la pretendida inconstitucionalidad de la Ley 53/1984 con base en similares hipotéticas violaciones de nuestra norma suprema (arts. 9.3 y 33.3 CE), así como al carácter forzoso, y no voluntario, de la excedencia, a cuya doctrina se ajusta estrictamente la sentencia apelada, y a la que se oponen las alegaciones de la apelante, que deben ser por ello rechazadas. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 3 febrero 1992.*)

4. *Incompatibilidades. De Profesor en Orquesta Municipal con jornada de trabajo de 10,30 a 13,30, de lunes a viernes, y actos programados y Profesor de Conservatorio de 15,30 a 20,00 horas, lunes, martes, miércoles y viernes. Existencia de incompatibilidad en aplicación de la Ley 53/84.*

Los hechos enjuiciados pueden resumirse como sigue: A) D. Salvador P. G. desempeña el puesto de Profesor concertino de violín en la Orquesta Municipal de Valencia con jornada de trabajo de 10 horas 30 minutos a 13 horas 30 minutos, de lunes a viernes, y *actos programados* por el Excmo. Ayuntamiento; B) el señor P. simultaneaba el puesto anterior con el de Profesor del Conservatorio de Música de Valencia, con jornada de trabajo de 15 horas 30 minutos a 20,00 horas, lunes, martes, miércoles y viernes; C) en resumen, la Orquesta le ocupaba quince horas semanales fijas más la disponibilidad que suponen los llamados actos programa-

dos, mientras el segundo puesto le ocupaba 18 horas. Ambos puestos se desempeñarían en propiedad como funcionario de carrera.

Es claro que la selección de normas vigentes aplicables hecha por la sentencia apelada es errónea, puesto que en las fechas de los actos impugnados y en la de interposición del recurso había entrado en vigor la Ley de Incompatibilidades 53/1984, mucho más estricta que la Ley 20/1982 precedente, aunque dentro de esta Ley anterior tampoco es fácil dar por sentada la compatibilidad que admite el fallo recurrido, dado que el horario como profesor de Orquesta es sólo indicativo del tiempo fijo, pero, como en la misma declaración se hace constar y no ha sido desmentido, está sometido a la obligación de concurrir y actuar en los actos programados por el Ayuntamiento.

Las normas legales aplicables en este caso son las de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, que refuerzan la regla general de un solo puesto de trabajo respecto al personal de la Función Pública, con la excepciones que señalan los artículos 3, 4 y 5, en las que no encaja la situación del señor P. A lo que ha de añadirse la peculiaridad de la jornada de trabajo en el puesto de Profesor de Orquesta que exige al funcionario, por la fuerza de las cosas, prolongar la jornada fija de adiestramiento y ensayos con el tiempo dedicado a conciertos. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 6 marzo 1992.*)

*5. Incompatibilidades. Constitucionalidad de la Ley 53/84. Legalidad del pase a la situación de excedencia. Inexistencia de responsabilidad patrimonial del Estado. Doctrina reiterada.*

El demandante apela la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, 29-1-1990, que desestimó su recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra la desestimación presunta de los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejero de Gobernación de la propia Junta sobre declaración de incompatibilidad, 6-10-1987, y la de la Diputación Provincial de Córdoba, 3-11-1987, por la que se le declaró en situación de excedencia voluntaria como médico del Hospital General de dicha corporación.

El contenido argumental de la presente apelación es casi exactamente coincidente con el de las que han sido decididas por Sentencias de esta misma Sala de 17 y 20 de enero y 28 de febrero de 1992, apelaciones referidas a sentencias de la misma Sala *a quo*.

Tal coincidencia aconseja, por unidad de doctrina, que reiteramos en este caso lo que ya se dijo en la S. de 17 de enero pasado y reiterado en las posteriores igualmente citadas.

«SEGUNDO.—Entrando a conocer de lo que es objeto de esta instancia, debe rechazarse la alegación del apelante concerniente a la incongruencia de la sentencia apelada, que aquél afirma en función de no haber entrado el Tribunal de Primera Instancia a dilucidar sobre las fundamentaciones expuestas en la demanda, relativas a la nulidad radical del acto impugnado en razón de la inaplicabilidad de las Disposiciones Adicional 1.ª y Transitoria 3.ª de la Ley 53/1984, en relación al artículo 47.1.b) de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues al haber sido la sentencia apelada totalmente desestimatoria de las pretensiones del demandante debe considerarse que ha resuelto todas las motivaciones aducidas por el actor, que han de entenderse contenidas en el fallo de desestimación del recurso. Desestimación implícita que ha de ser corroborada, pues no es aceptable la argumentación de que la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley 53/1984 haya de considerarse inaplicable, por determinar, según el actor, una situación de excedencia voluntaria que se corresponde con la regulada en el artículo 29, Ley 30/1984, en cuanto

que no es cierta esa falta de adecuaciones, ya que la situación del demandante, una vez declarada la incompatibilidad para el segundo puesto público, encaja en la prevista en el apartado a) del núm. 3 del artículo 29 de la norma citada. Aparte de que cualquier variación en el régimen de las situaciones administrativas reguladas por la Ley 30/1984, que fuera consecuencia del precepto aludido de la Ley de Incompatibilidades, 53/1984, sería válida y de aplicación, al ser esta última norma de igual rango formal, y por tanto con virtualidad suficiente para modificar regulaciones anteriores que se le opusieran si venían establecidas en normas de idénticas significaciones y de carácter menos específico. Y porque, respecto de la Disposición Adicional 1.º de la Ley 53/1984, las objeciones que a su aplicación ponía el demandante han de ser tachadas de inútiles, al no haber sido ese precepto fundamento del acto administrativo objeto del recurso.

Por lo demás insiste el apelante en la necesidad de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad como previa y determinante del éxito de su pretensión anulatoria del acto de declaración de incompatibilidad, que estima que tampoco ha sido resuelta en la sentencia apelada, en tanto que la del Tribunal Constitucional 2-11-1989, cuya doctrina se resume en dicha resolución judicial, no solucionaba el problema planteado al respecto en la demanda, ya que en ésta sí aludía concretamente a la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley 53/1984 por oponerse a los principios de seguridad jurídica irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales del artículo 9.º y de la prohibición de privaciones confiscatorias del artículo 33, párrafo 3, ambos de la Constitución, porque, en opinión del actor, hacía desaparecer un derecho consolidado que le pertenecía en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Incompatibilidades a desempeñar dos puestos de trabajo, ello sin indemnización, que es una cuestión que no fue contemplada por el Tribunal Constitucional, que entró a resolver sobre otros específicos preceptos de la Ley 53/1984, pero no sobre la constitucionalidad de la Disposición Transitoria 3.ª

Pero tampoco esta alegación debe ser estimada, pues si bien es cierto que en la sentencia del Tribunal Constitucional de anterior referencia, no se contempló específicamente el problema de la Constitucionalidad de la tan nombrada Disposición Transitoria 3.ª de la Ley 53/1984, sin embargo era aplicable al caso la doctrina general que aquél establecía acerca de la no vulneración de los citados artículos 9.º y 33 de la Constitución por los preceptos a que se ceñían las pretensiones a que entonces daba respuesta, singularmente la que se resume en la sentencia apelada, y que se da por reproducida, concerniente a la situación estatuaría a que están sometidos los funcionarios sanitarios, que determina que el alcance de sus derechos sea el que las normas fijen en cada momento de su situación funcional, y a la inexistencia de un derecho constitucionalmente protegido, dirigido a que las condiciones de prestación del servicio no se modifiquen legalmente en el futuro, y a que no puede equipararse el contenido de la función pública, con el derecho de propiedad a efectos de la protección del artículo 33, párrafo 3, de la Constitución.

En último lugar ha de entrarse a dilucidar sobre la alegación del apelante referida a la inconstitucionalidad de la Ley 53/1984, en su conjunto, por oposición al artículo 10, párrafo 2, de la Constitución, que el actor funda en el dato de que, en su opinión, la Ley debió contemplar la indemnización resultante de la privación económica que producía a consecuencia de las incompatibilidades que determinaba. Sobre cuyo particular ha de decirse que no se trata, como alegan los apelados, de una reclamación de indemnización por actuación del Estado legislador, lo que desde luego sería inadecuado al no haberse suscitado el tema ante la Administración ni ser competentes las Autoridades Comunitarias de que provienen los actos impugnados para decidir sobre el problema, o del planteamiento de una cuestión nueva incompatible con la regulación del recurso de apelación, sino, como se ha dicho, de una nueva alegación de inconstitucionalidad de la Ley 53/1984, determinante del fallo que ahora se pronuncia, que supone,

por tanto, una implícita reproducción en esta instancia de la inicial solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, contenida en la demanda, que es posible, al amparo del inciso final del artículo 35, párrafo 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 3-10-1979, en cuanto que todavía no había adquirido firmeza la sentencia apelada en el momento de este nuevo planteamiento.

Desde esa perspectiva la solicitud del actor debe ser también desestimada, dado que el precepto constitucional alegado por el actor no puede fundar inconstitucionalidad de la Ley 53/1984, pues en primer lugar está dirigida a proteger derechos y bienes y no meras expectativas funcionariales, aparte que tiene como destinatarios a los particulares y a los funcionarios y viene dirigido a preservar aquéllos de la acción del Estado en cuanto presta de servicios públicos, que es un concepto ajeno acción del Estado legislador. Y porque el artículo 106, párrafo 2 de la Constitución Española, aparece dirigido no a imponer un contenido necesario a la acción legislador que pueda variar la situación económica anterior de los destinatarios de la norma, que es la fundamentación que maneja el apelante, sino bien a otorgar a los particulares una posibilidad de reclamar del Estado una indemnización cuando en los presupuestos de hecho previstos en el precepto constitucional.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 10 marzo 1992.*)

#### IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Funcionarios. Sanciones. Aplicación retroactiva de la norma favorable. Jurisprudencia reiterada. Mientras el apartado d) del artículo 6 RD se refiere a acuerdos o resoluciones, las conductas materiales no formalizadas de apropiación de fondos públicos se tipifican en el artículo 7.º 1.ª C.*

Por la Sala se planteó, por el cauce del artículo 43 de nuestra Ley Jurisdiccional, la cuestión acerca de la trascendencia que en este proceso pueda atribuirse al cambio normativo producido por el RD 33/1986, de 10 de enero, en la calificación de la conducta por la que fue sancionado el recurrente y la posible retroactividad favorable de dicha norma tal cuestión, centrándose en realidad en ella en este momento la problemática esencial del caso, y no tanto en el análisis de la conformidad a derecho de la resolución recurrida en el momento en que se dictó, cuyo sentido debe sacrificarse al nuevo análisis, consecuente al hecho normativo sobrevenido.

Al respecto debe señalarse que este Tribunal, lo mismo que el Tribunal Constitucional, viene sosteniendo en jurisprudencia constante la aplicación al derecho administrativo sancionador, aunque con ciertos matices, de los principios del Derecho Penal lo que en el caso actual supone la aplicabilidad de la retroactividad favorable establecida en el artículo 24 del Código Penal, y, a *sensu contrario*, en el artículo 9.3 de la Constitución, beneficio que ha sido aplicado en numerosas sentencias de esta Sala, de las que, sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse las de 31-5, 29-9 y 13-10-1989 y 3-12-1990; 18 y 22-1 y 23-9-1991.

A partir de tal planteamiento y visto que el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, aprobado por Decreto 16-8-1969, ha sido derogado por el actualmente vigente, aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero, y que el tipo de infracción del artículo 6.8.a) del primero («La falta de probidad moral o material») no se recoge en el segundo, y que la conducta sancionada no tiene encuadramiento adecuado en ninguno de los tipos de falta muy grave previstos en el artículo 6.º del mismo, es indudable que debe operar en favor del recurrente el mecanismo legal de retroactividad favorable.

La única adecuada calificación de la conducta del recurrente sería referida al tipo del apartado 1.c) del artículo 7.º como falta grave, que con arreglo a los artículos 15 y 16 del Reglamento no justificarían la extrema sanción de separación del servicio, sino la de suspensión de funciones por un máximo de tres años.

No resulta aceptable la tesis del Abogado del Estado del posible encuadramiento de la conducta del actor en el apartado d) del artículo 6.º, claramente referido a acuerdos o resoluciones, y no a conductas materiales no formalizadas de apropiación de fondos públicos, cuya adecuada tipificación sería la del artículo 7.º1.c) antes referido.

Se impone por todo lo expuesto el éxito parcial del recurso, con la consiguiente anulación de la resolución recurrida, sustituyendo la sanción de separación de servicios por la suspensión por un plazo de tres años. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 13 enero 1992.*)

*2. Funcionarios. Infracciones. Incumplimiento del deber de prestación personal del servicio y del deber de residencia en la localidad de que es titular. Incompetencia de las Autoridades Locales para liberar de dicho deber. Médico titular.*

En el proceso se impugna una resolución administrativa que impuso a un funcionario sanitario una sanción de suspensión de funciones por tres años por la comisión de una falta muy grave de abandono de servicio y otras dos graves en relación al ejercicio del servicio mediante sustitución durante varios meses y el incumplimiento del deber de residencia. Se trata de un asunto de personal que únicamente ha accedido a la apelación en consideración a la alegación de desviación de poder, según se infiere de lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De ahí que el enjuiciamiento en esta apelación haya de limitarse a la cuestión de la existencia o inexistencia de desviación de poder para no desvirtuar las previsiones del citado precepto.

La apelación debe ser desestimada pues no hay en las actuaciones prueba suficiente que acredite que, como aduce el apelante, el fin perseguido por la Administración mediante el acto sancionador fuera el de dañar la situación sanitaria del Municipio de Aldeanueva de Guadalajara en que servía como Médico Titular el sancionado, o los intereses de su población y autoridades, en cuanto que la documental que al respecto invoca el actor, constituida por los informes de sucesivos Alcaldes de dicho Municipio ejercientes al tiempo de los hechos, en que se manifiesta que el sancionado contaba con autorización municipal para residir en la capital de la provincia, ante la inexistencia de vivienda apta para el Médico en Aldeanueva, y que los intereses sanitarios de los vecinos quedaban atendidos a satisfacción y con su beneplácito mediante la sustitución convenida por el actor con otro compañero de profesión, no es bastante para demostrar la existencia del vicio legal denunciado, dado que las autoridades municipales carecen de competencia para liberar a los Médicos Titulares del deber de residencia impuesto por el artículo 148 del Reglamento del Personal de los Servicios Sanitarios Locales, Decreto 27-11-1953, al corresponder tal potestad a la Dirección General de Sanidad, según este precepto; y siendo así que ni dichas autoridades, ni los vecinos del municipio pueden variar el régimen de prestación personal del servicio que se impone en el artículo 149 del citado Reglamento, y cuya omisión, junto con la del deber de residencia se imputaba al recurrente. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 enero 1992.*)

3. *Derecho administrativo sancionador. Aplicación analógica de los principios rectores del Derecho penal. Retroactividad de la norma más favorable. Conducta constitutiva de delito doloso relacionado con el servicio.*

Este Tribunal, lo mismo que el Tribunal Constitucional, viene sosteniendo en jurisprudencia constante la aplicación al derecho administrativo sancionador, aunque con ciertos matices, de los principios del Derecho Penal, lo que en el caso actual supone la aplicabilidad de la retroactividad favorable, establecida en el artículo 24 del Código Penal y, a *sensu* contrario, en el artículo 9.3 de la Constitución, beneficio que ha sido aplicado en numerosas sentencias de esta Sala, de las que, sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse las de 31-5, 29-9 y 13-10-1989; 2-1, 8-2, 19-3, 22-6 y 3-12-1990; 18 y 22-1 y 23-9-1991 y 13-1-1992.

En consecuencia procede anular la resolución administrativa impugnada, sustituyendo la sanción en ella impuesta por la de suspensión de funciones por tres años, imponiéndose así el éxito parcial de la apelación. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 6 febrero 1992.*)

4. *Funcionarios. Pérdida de la condición como consecuencia de pena de inhabilitación especial para cargo público. Mientras subsista aquella condena seguirán subsistentes los efectos de la inhabilitación especial.*

Por tanto, sin haber obtenido el recurrente del Tribunal Penal la aplicación de la norma, a su juicio más favorable, con base en el artículo 24 del CP, y consecuentemente al mantenerse hasta ahora, inalterada la sentencia penal que le condenó a la pena de inhabilitación especial, no es posible acoger la pretensión del recurrente de que el Tribunal Contencioso-Administrativo deje de hacer aplicación del artículo 37.1.d) de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, en el que se consagra como causa, por la que se pierde la condición de funcionario, la pena principal o accesoria de inhabilitación especial para cargo público, causa ésta que está recogida en tal precepto, en armonía con los efectos que a la pena de inhabilitación especial atribuye el artículo 36.1. del Código Penal. En suma, mientras subsista aquella condena seguirán subsistentes los efectos de la inhabilitación especial previstos tanto en el artículo 36.1 del CP, como en el artículo 37.1 d).

Es más, ni tan siquiera procede la suspensión del procedimiento en este recurso conforme a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de de julio, artículo 10.2 del Poder Judicial, por cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, pues frente a aquella sentencia penal firme, que impuso la pena de inhabilitación especial, y que continúa inalterada, ninguna actuación procesal, de oficio o a instancia del recurrente, para obtener la aplicación de la norma penal más favorable se ha demostrado que esté en tramitación. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 febrero 1992.*)

5. *Sanción. Personal médico al servicio de la Seguridad Social. Legalidad de sanción por incumplimiento del principio de proporcionalidad.*

Es doctrina de esta Sala, recogida entre otras en S. 28-9-1984, que los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pueden y deben valorar si en el

caso concreto que se enjuicia ha sido aplicada correctamente la facultad de la Administración de optar entre las distintas sanciones que la Ley señala para las faltas —aquí, por faltas, muy graves», la de pérdida de 5 a 20 días de remuneración, suspensión de empleo y sueldo de un mes a un año o suspensión definitiva del servicio, según los artículos 67 y 68 del Estatuto del Personal Médico, aprobado por D. 3160/1966—, atendiendo al principio de proporcionalidad entre falta y sanción que debe presidir toda corrección disciplinaria.

Aquí la conducta observada por el médico sancionado es de todo punto reprochable y merecedora de la calificación de sendas faltas muy graves, pues por falta de insubordinación individual en el ejercicio de sus funciones en la Seguridad Social —artículo 66.4.d) del Estatuto del Personal Médico— ha de tenerse la conducta de no atender a los reiterados requerimientos que se le practicaron para que atendiera personalmente la consulta, a lo que venía obligado en virtud del artículo 27 del Estatuto, que imperativamente impone la obligación de prestar «personalmente» los servicios profesionales, y por falta de abandono de destino, que se produce «cuando se deje de prestar el servicio por más de setenta y dos horas sin autorización ni causa justificada» —artículo 66.4.c) del Estatuto—, ha de tenerse la conducta de no asistir personalmente a la consulta y encomendar particularmente a otro médico sus cometidos, sin estar oficialmente autorizado para ello, pues no puede encontrarse causa de justificación de tal conducta, en la extorsión sufrida por el sancionado, cometida por la aludida banda terrorista, por cuanto ni denunció formalmente los hechos a la Policía, como debió hacerlo, para la persecución de los delincuentes y a la vez encontrar la debida vigilancia y protección, ni tan siquiera puso los hechos oportunamente en conocimiento de sus superiores, quienes podían haber adoptado las medidas adecuadas para una mayor seguridad del interesado en el desempeño de sus funciones profesionales.

Pero no obstante a ello la discrecionalidad que el artículo 68 del Estatuto establece en la aplicación de la sanción, no supone una libérrima potestad de la Administración para la elección de la sanción a imponer dentro de las posibilidades que el marco normativo le ofrece, pues esa discrecionalidad ha de estar presidida, operando como corrector de la misma por la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad, y si la sentencia de instancia entiende que la turbación y temor que aquella extorsión produjo en el ánimo del sancionado, aunque no puede justificar su conducta, sí debe tenerse en cuenta para atemperar la sanción, y a ello se añade que en último término el servicio no fue enteramente desatendido, pues el facultativo sancionado se ocupó, aunque con inobservancia de toda autorización y formalidad, de que otro médico atendiera la consulta, sin que se hayan acreditado perjuicios reales, derivados de esa informal sustitución, para los pacientes, destinatarios de los servicios, la decisión apelada ha de ser mantenida pues el recurso formulado por el Abogado del Estado no acredita, a juicio de esta Sala, que en la sentencia de instancia no se haya aplicado correctamente el principio de proporcionalidad. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 21 febrero 1992.*)

Rafael ENTRENA CUESTA



# CRONICA ADMINISTRATIVA

